Haftungsausschluß bei Körperverletzung

als Beispiel konkreten Rechts- und Gerechtigkeitsdenkens.

❖❖

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Walter Kuohn
Gerichtsreferendar in Stuttgart.

Druck der Fr. Bühlerschen Buchdruckerei / Inhaber: Dr. Otto Weise
Urach (Württ.)

497

Zum Druck genehmigt von der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen

Referent: Professor Dr. Eißer.
Dekan und Correferent: Professor Dr. Kreller.

Tag der mündlichen Prüfung: 4. Septbr. 1937.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Schrifttum.

Ahlers, Das Recht zur Züchtigung fremder Kinder, Ger.S. 84, S. 236, 1916.
Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Auflage (des Lehrbuchs von Hugo Meyer) 1922.
v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. III, 1909.
Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906.
— Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW. 44, S. 220 ff., 1924.
— Grundzüge des Strafrechts, 11. Auflage, 1930.
Binding, K., Handbuch des Strafrechts, Bd. I, 1885.
Birnbaum, Ueber das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, Arch. f. Krim. Recht, Neue Folge 1834, S. 149 ff.
du Chesne, Begriff und Arten des Verzichtes, Arch. f. Bürg. R., Bd. 42, S. 296 ff., 1916.
Cohn (Jude), Erlaß und Verzicht nach dem BGB, Gruch. Beitr. Bd. 47, S. 221 ff., 1903.
zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen, 1905.
Ebermayer, Arzt und Patient in der Rechtsprechung, 1924.
— Der Arzt im Recht, 1930.
Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Reichsstrafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), 4. Auflage, 1929. Dasselbe 5. Auflage, 1933, Bd. I Allg. Teil.
Eckstein, Die Züchtigung fremder Kinder in strafrechtlicher Beziehung, Goltd. A. 56, S. 281 ff., 1909.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl., 1903.
Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Auflage, bearbeitet von H. Lehmann, 1932.
Feuerbach, A. v., Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Ausgabe von Mittermaier, 1847.
Fischer, H. A., Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts (in Otto Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß), 21. Bd., 2. Heft, 1911.
Flad, Handeln auf eigene Gefahr, in: Das Recht 1919, Sp. 13 ff.
Frank, R., Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, 1931; 11.—14. Auflage 1915.
Freiesleben-Kirchner-Niethammer, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich in der seit dem 1. September 1935 gültigen Fassung (Ergänzungsband zum J. v. Olshausen'schen Kommentar), 1936.)
Gerland, Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden, V. D. Allg. T., Bd. II, S. 487 ff., 1908.
Gierke, O. v., Deutsches Privatrecht, Bd. III, 1917.
Havenstein, Das Züchtigungsrecht der Lehrer, Goltd.A. Bd. 51, S. 241 ff., 1904.
Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Ziv.A. 112, S. 1 ff., 1914.
— Grundriß des Schuldrechts, 1929.
— Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932.
— Interessenjurisprudenz (Gastvorlesung an der Universität Frankfurt a. M., gehalten am 15. 12. 1932).
— Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner, Ziv.A. Bd. 142 (N. F. Bd. 22), S. 305, 1936.
— Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 118, S. 19, 1937.
Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW. 36, S. 19 ff., 1915.

Hippel, R. v., Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen, ZStW. 42, S. 404 ff., 1921.
— Die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag im Strafrecht, RG-Festgabe, Bd. V, S. 1 ff., 1929.
Hofacker, Sport und Körperverletzung, DJZ. 1927, Sp. 454/55.
Hofmann, Inwieweit sind beim Sport verursachte Körperverletzungen straffrei? Ger.S. 101, S. 249 ff., 1932.
Honig, Die Einwilligung des Verletzen, Teil I, 1919.
Huber, E. R., Neue Grundbegriffe des Hoheitlichen Rechts, in: Grundfragen der Neuen Rechtswissenschaft, S. 143 ff., 1935.
Kadecka, in: Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentags, Bd. II, S. 461, 1927.
v. Kahl, Der Arzt im Strafrecht, ZStW. 29, S. 351 ff., 1909.
Keßler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884.
Kiehl, Die „Einwilligung" eines Minderjährigen nach geltendem Strafrechte, Goltd.A. 54, S. 357 ff., 1907.
Kitzinger, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, Ger.S. 55, S. 1 ff., 1889.
Klee, Vorsatz und Pflichtwidrigkeit, Goltd.A. 69, S. 162 ff., 1925.
— Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe (Gürtner, das kommende Deutsche Strafrecht, Allg. T., 2. Aufl.), 1935.
Kohler, Die Menschenhilfe im Privatrecht, Iher. Jahrbuch., Bd. 25, S. 1 ff., 1887.
Krückmann, Die Gefälligkeitsfahrt, J.W. 1932, S. 3688 ff.
Lambert-Brockmann, Anmerkung zu RG. J.W. 1933, S. 2389.
Lange, Rechtsethik und Rechtstechnik, Rede auf dem Vortragsabend bei der Einführung des Breslauer OLG.-Präs. in: D.J. 1936, S. 131.
Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Auflage, 1935.
— Rechtsperson und subjektives Recht, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 225 ff.
— Gemeinschaft und Rechtsstellung, in: Deutsche Rechtswissenschaft, 1936, S. 31 ff.
— Vertrag und Unrecht (Grundzüge der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft), 1936.
Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., 1933.
Liszt, Fr. v., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Auflage, bearbeitet von Eb. Schmidt, 1932.
Lobe, Reichsstrafgesetzbuch (Leipz. Komm.) Bd. I, Allg. Teil, 5. Aufl., 1933.
Louis, Gefälligkeitsfahrt, J.W. 1936, S. 425 ff.
Mayer, M. E., Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1915.
Merkel, A., Kriminalistische Abhandlungen Bd. I, 1867.
Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, Ger.S. 89, S. 207 ff., 1924.
— Strafrecht, ein Lehrbuch, 2. Auflage, 1933.
Münch, Kultur und Recht, Zeitschr. f. Rechtsphilos., Bd. I, S. 345 ff., 1914.
Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechswidrigkeit, in der Festschrift f. K. Binding, S. 364 ff., 1911.
Nicolai, Die rassengesetzliche Rechtslehre (NS.-Bibliothek, Heft 39), 3. Auflage, 1934.
Oertmann, Bürgerl. Gesetzbuch, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage, 1928/29.
— Privatrechtsschutz gegenüber Unzurechnungsfähigen, Seuff. Bl. 74, S. 583 ff., 1909.
v. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Auflage, 1927.

Planck, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. II, 1, 1914, Bd. II, 2 4. Auflage, 1928.

Rosenberg, A., Gestaltung der Idee, 2. Auflage, 1936.

v. Rümelin, M., Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht, Ziv.A. 90, S. 171 ff., 1900.

Schäfer-Dohnanyi, Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931—1935 (Nachtrag zu Franks StGB., 18. Aufl.), 1936.

Schmitt, C., Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (Schriften d. Akad. f. Deutsches Recht), 1934.

— Nationalsozialistisches Rechtsdenken, in: Deutsches Recht 1934, S. 225 ff.

Schroeder, Ueber Wechselwirkungen des Bürgerlichen Rechts und des Strafrechts, Ziv.A. 97, S. 361 ff., 1905.

Siebert, Die Volksgemeinschaft im Bürgerlichen Recht, in: NS.-Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 2. Aufl., 1935, S. 955 ff.

— Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs, in: Grundfragen der Neuen Rechtswissenschaft, S. 189 ff., 1935.

— Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung, in: Deutsche Rechtswissenschaft, 1936, S. 23 ff.

— BGB-System und völkische Ordnung, in: Deutsche Rechtswissenschaft, 1936, S. 204 ff.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 3, 9. Auflage, 1929; Bd. II, 1, 9. Auflage, 1930.

Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, Ziv.A. 133 (Festgabe für Heck, Rümelin, A. B. Schmidt), S. 60 ff., 1931.

— Vertrag und Unrecht, 1. Halbbd. (Grundrisse des Deutschen Rechts), 1936.

Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904.

— Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafgesetz, Ger.S. 94, S. 112 ff., 1927.

v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bde. I und II, 1, 1910, 1914.

Voltz, Die Züchtigung fremder Kinder und die Versuche ihrer Rechtfertigung, ZStW. 50, S. 339 ff., 1930.

Wolf, Erik, Krisis und Neubau der Strafrechtsreform (in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, 103), 1933.

Würdinger, Das subjektive Recht im Privatrecht, in: Deutsche Rechtswissenschaft 1936, S. 15 ff.

Zeiler, Sport und Körperverletzung, DJZ. 1926, Sp. 1603—1606.

Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I, Allg. Teil, 1900.

— Ausschluß der Widerrechtlichkeit, Ziv.A. 99, S. 1 ff., 1906.

— Operationsweigerung und eigenes Verschulden, Arch. f. Bürg. R., Bd. 40, S. 213 ff., 1914.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten, Bde. I und II, 8. Auflage, 1934.

Abkürzungen.

Arch. f. Bürg. R.	=	Archiv für Bürgerliches Recht.
D.A.R.	=	Deutsches Autorecht, herausgegeben vom Deutschen Automobilklub.
D.J.	=	Deutsche Justiz, amtliches Blatt der Deutschen Rechtspflege.
DJZ.	=	Deutsche Juristenzeitung.
E.	=	Entwurf.
Ger.S.	=	Der Gerichtssaal, Zeitschrift für Zivil- und Militärstrafrecht und Strafprozeßrecht.
Goltd.A.	=	Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begründet durch Goltdammer.
Gruch.Beitr.	=	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
KFG.	=	Kraftfahrzeuggesetz.
Jher.Jahrb.	=	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
J.W.	=	Juristische Wochenschrift.
LVG.	=	Luftverkehrsgesetz.
L.Z.	=	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
OLG.	=	Oberlandesgericht.
RGBl. I	=	Reichsgesetzblatt Teil I.
RGFestgabe	=	Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Okt. 1929), herausgegeben von Otto Schreiber.
RG.Komm.	=	Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten.
RG.St.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RG.Warn.	=	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Dr. O. Warneyer.
RGZ.	=	Entscheidungen des RG. in Zivilsachen.
RHG.	=	Reichshaftpflichtgesetz.
Seuff. A.	=	J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Seuff. Bl.	=	Dr. J. A. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
V.D.Allg.T.	=	Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Vorarbeiten zur Deutschen Strafrechtsreform, Allg. Teil.
Ziv.A.	=	Archiv für die zivilistische Praxis.
ZStW.	=	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Inhalt.

Seite

§ 1. Vom Subsumieren zum Werten 1

A. Haftungsausschluß durch konkrete Wertung 6

I. Rechtfertigung aus dem Willen des Verletzten 6

1. Die Einwilligung in Körperverletzung 6

§ 2. Die strafgesetzliche Regelung der Einwilligung und ihre Tragweite 6

§ 3. Die Dogmatik der Einwilligung in der bisherigen Lehre und Rechtsprechung 10

§ 4. Das Recht als die Lebensordnung der Gemeinschaft 16

§ 5. Die Einwilligung des Körperverletzten in der Lebensordnung der Gemeinschaft 20

§ 6. Einzelfragen zur Wirksamkeit der Einwilligung 25

§ 7. Einwilligung und Schadensersatz 32

2. § 8. Vom willensgebundenen Unrechtsausschluß zur konkreten Rechtsauswirkung 35

II. Konkrete Rechtfertigung 40

1. § 9. Aerztliche Eingriffe 40

2. § 10. Die Züchtigung fremder unartiger Kinder 45

3. § 11. Sportverletzungen 48

B. Haftungsausschluß durch Verhalten des Verletzten ungeachtet des Werturteils über die Tat 50

I. Haftungsausschluß durch rechtsgeschäftliches Verhalten des Verletzten 50

§ 12. Der Verzicht auf Schadensersatzansprüche 50

§ 13. Vom fiktiven Verzicht zum konkreten Gerechtigkeitsdenken . . 54

II. Wegfall der Haftung aus tatsächlichem Verhalten des Verletzten 58

1. § 14. Mitwirkendes Verschulden des Verletzten 58

2. § 15. Das Handeln auf eigene Gefahr 65

III. § 16. Die Haftung für Drittschaden 69

§ 1.

Vom Subsumieren zum Werten.

Die Gesetzgeber der hinter uns liegenden Jahrzehnte waren bestrebt, jeden rechtlich bedeutsamen Vorgang des Lebens zu erfassen und in einen gesetzlichen Rahmen zu spannen. Man prägte menschliches Handeln um in eine abstrakte Form, die gesetzlichen Tatbestände; an sie werden bestimmte Rechtsfolgen, etwa eine Schadensersatzpflicht oder eine Strafe, geknüpft. Der Tatbestand fügt einzelne Gegebenheiten zusammen, welche als die Tatbestandsmerkmale erscheinen: bei der Körperverletzung ein Verhalten, das eine körperliche Verletzung oder Gesundheitsschädigung bewirkt und zugleich dem Verletzenden zum Vorwurf gereicht, ihm als sein Verschulden zuzurechnen ist. Der Verletzte muß dadurch einen Vermögensschaden oder einen Schmerzensschaden erlitten haben. An die Vereinigung dieser Merkmale knüpft das Gesetz als Rechtsfolge die Schadensersatzpflicht des Verletzers. Diese Rechtsfolge im Gesetz ist noch Ergebnis eines abwägenden Gerechtigkeitsdenkens des Gesetzgebers: wer sich einer Körperverletzung schuldig macht, soll den Schaden so gut als möglich wieder ausgleichen. Mit dieser einmaligen Gerechtigkeitserwägung des Gesetzgebers ist es aber nun getan. Daß der Richter die ihm zur Entscheidung vorgelegte Wirklichkeit noch einmal werte und abwäge, soll damit überflüssig, wenn nicht gar unzulässig geworden sein. Seine Tätigkeit besteht darin, den wirklichen Vorgang unter den vom Gesetz angenommenen Tatbestand zu subsumieren, d. h. die einzelnen Tatbestandsmerkmale dort aufzusuchen. Jedes tatbestandsmäßige Handeln gilt nämlich als rechtswidrig. Die Nennung des Erfordernisses der Widerrechtlichkeit in § 823 I BGB. bedeutet dieser Lehre nicht die Anweisung an den Richter, den konkreten Fall auch zu werten, sondern sie hält die Aufnahme des Wortes „widerrechtlich" für überflüssig oder nur dazu angetan, besondere Unrechtsausschließungsgründe nicht zu übersehen [1]. Findet der Richter die Tatbestandsmerkmale in der Wirklichkeit erschöpfend wieder, deckt sich der gesetzliche Tatbestand mit dem konkreten Fall in allen Einzelheiten, so hat der Richter die Rechtsfolge des gesetzlichen Tatbestands im konkreten Fall zu verwirklichen, nicht weil er es recht und gerecht fände, sondern weil er „dem Gesetz unterworfen" ist. Das in der Zusammenfügung von Tatbestand und Rechtsfolge enthaltene Werturteil ist in seiner abstrakten Allgemeingültigkeit so starr, daß der Richter ihm nicht als einer lebensnahen Wertung gegenübersteht, sondern als einem unerbittlichen Mechanismus, in den

[1] Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, Ziv.A. 99, S. 1 ff., S. 3, Anm 1; H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit, S. 96; Oertmann, BGB Schuldverhältnisse § 823, 7.

er nicht eingreifen kann und in den er nicht einzugreifen hat, den er nur handhabt wie den Gang einer Maschine.

Die vielgestaltgen Körperverletzungen im Leben mögen zwar unter den gesetzlichen Körperverletzungsbegriff im Sinne der Naturwissenschaft fallen, auch im übrigen, nach der ursächlichen und seelischen Beziehung, mit dem Tatbestand des Gesetzes in Einklang stehen; gleichwohl wird die Folgerung der Schadensersatzpflicht des Verletzenden manchmal einfach unerträglich sein. Der Arzt, der einen Bewußtlosen durch einen raschen Schnitt noch rettet, verletzt — rein stofflich — den Körper, verwirklicht äußerlich den Gesetzestatbestand. Hier steht starre Gesetzgebundenheit vor der schwierigen Aufgabe, den toten Mechanismus zwischen Handlung und Rechtsfolge irgendwie zu stören, etwas einzubauen, das diesen Mechanismus anders ablaufen läßt. Was aber ist einzufügen? Dies kann im Tatbestand einer schuldhaften, d. h. seelisch zurechenbaren Körperverletzung nur durch ein Verhalten des Verletzten selbst gegeben sein. Soll dieses Verhalten die Rechtsfolge, die Haftung des Verletzers, beseitigen, so muß es ein rechtlich bedeutsames rechtmäßiges Verhalten sein. Welches Verhalten aber auch immer rechtsbedeutsam ist, kann nur wieder dem Gesetz entnommen werden. Die Wissenschaft mußte also aus dem ganzen bürgerlichen Gesetzesrecht Fälle rechtserheblichen rechtmäßigen Verhaltens zusammentragen und in dieses Vielerlei Ordnung bringen. Sie hat bekanntlich drei Gruppen rechtsbedeutsamen rechtmäßigen Verhaltens herausgestellt[2]: Einmal die rechtlich anerkannte rechtsgeschäftliche Willensäußerung, die eine Rechtswirkung, eine Aenderung der bestehenden Rechtslage herstellt gerade deshalb, weil sie gewollt ist. Ferner die sog. Rechtshandlung; hier ist die Willensäußerung nicht auf einen rechtlichen, sondern auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet; Rechtswirkungen treten kraft Gesetzes ein, nicht etwa, weil sie dem Inhalt des geäußerten Willens entsprechen. Eine Rechtshandlung ist z. B. die Mahnung. Sie ist auf den tatsächlichen Erfolg gerichtet, daß der Schuldner zahlt. Rechtswirkung ist, daß der Schuldner in Verzug gerät (§ 284 I BGB.), auch wenn der Gläubiger die Verzugsfolgen nicht wünscht. Endlich sind rechtserheblich die sog. Tathandlungen. Auch sie sind auf einen rein tatsächlichen Erfolg gerichtet; an den Eintritt des Erfolgs ist kraft Gesetzes eine Rechtswirkung geknüpft: Der Verarbeiter z. B. erwirbt Eigentum an der neuen Sache, ob er es will oder nicht (§ 950 I BGB). Soweit nun ein Verhalten einer dieser drei Gruppen eingereiht werden kann, bewegt man sich auf dem Boden des „positiven Rechts". Außerhalb davon kann es ein rechtmäßiges Verhalten von rechtlicher Bedeutung nicht geben. Das ist dann ein Han-

[2] v. Tuhr, Allg. Teil d. Deutschen Bürg. Rechts, Bd. II, 1, § 48, S. 103 ff.; Lehmann, Allg. Teil des Bürgerl. Gesetzbuchs, § 24, S. 134; § 38, S. 328 ff.

deln „rein tatsächlicher Art ohne rechtliche Bedeutung“ [3]. Die Haftungsfolge kann also nur durch ein Rechtsgeschäft, durch eine Rechts- oder Tathandlung des Verletzten abgewandt werden. Es gilt also, den Tatbestand der Körperverletzung durch eine dieser drei Handlungsgruppen zu erweitern, dadurch einen neuen Mechanismus zu schaffen, der von der Ersatzpflicht des Verletzers wegführt. Dies geht, wie wir noch zeigen werden, häufig nicht ohne Gewalt; hat der Verletzte eben gar nicht gehandelt, so muß durch die Annahme eines stillschweigenden rechtserheblichen Verhaltens die Lücke geschlossen werden.

Fälle, in denen man zu einem Ausschluß der Haftung für Körperverletzung durch unmittelbare Gesetzesanwendung gelangt, wie bei Notwehr und Selbsthilfe (§§ 227, 229 BGB), bieten in diesem Zusammenhang keine Besonderheiten. Aufgabe der nachstehenden Ausführungen ist es, aufzuzeigen, wie gesetzlich nicht geregelte Lebenstatbestände richtig und mit lebenswahrer Begründung entschieden werden.

In der mechanischen Rechtsfindung, der Rechtstechnik, liegt die Rechtssicherheit der vergangenen Rechts- und Staatsepoche begründet. Der Wissenschaft, die diese Mechanik vollendet hat, heute daraus einen Vorwurf zu machen, ist unangebracht. In einem liberalistischen Staat ist auf andere Weise eine zuverlässige Rechtspflege nicht zu erreichen, denn es fehlt ja die Ausrichtung nach einheitlichen Werturteilen, von denen die eigene Wertung ausgehen könnte. Die gegensätzlichsten Weltanschauungen kämpfen gleichberechtigt um die Herrschaft. Die Auffassung vom Eigentum als Diebstahl darf genau so um ihre Durchsetzung ringen wie die Bejahung des Privateigentums. Da mußte in der Tat die Wertung bei der Rechtsfindung weitgehend ausgeschaltet werden, damit gleiche Fälle auch die gleiche, nicht weltanschaulich verschieden bedingte Entscheidung fänden, und die rechtssuchende Partei in dem Richter nicht die ausgesetzte Verkörperung einer ihr gegensätzlichen Anschauung sehen könnte. Einer liberalistischen Staatsleitung entspricht so auf dem Gebiete der Rechtsfindung eine berechenbare Rechtsmechanik. Sie allein kann hier eine alles auflösende Rechtsunsicherheit zurückdämmen.

Die Einsicht in die Bedingtheit des subsumierenden, mechanischen Rechtsdenkens durch die liberalistische Weltauffassung vermittelt uns wichtige Erkenntnisse für Stellung und Gewicht des Gesetzes in der heutigen Rechtsfindung. Das Gesetz rückt, ohne daß es einer Aenderung bedarf, im Rahmen einer alles beherrschenden Gesamtanschauung in seine dienende Stellung zurück. So ist Rechtstechnik „nur Mittel zur Verwirklichung von Recht und Gesetz“ [4]. In der Erkenntnis dessen hat der Richter „das Gesetz wieder in den konkreten Ge-

[3] z. B. die Gefälligkeitsfahrt, RGZ 65, S. 17 (18), OLG Karlsruhe, höchstrichterl. Rechtsprechung 1935, Nr. 683 (Mitnahme „nur aus Gefälligkeit“).

[4] Lange, Rechtsethik und Rechtstechnik, D. J. 1936, S. 151.

samtzusammenhang des Rechts hineinzustellen, er hat nicht nur einzelne Tatbestände unter den abstrakt gefaßten Tatbestand des Gesetzes zu subsumieren, sondern er hat den in dem Gesetz enthaltenen Rechtsgedanken zu verwirklichen".[5] Der Rechtsgedanke umfaßt ein Werturteil über ein menschliches Verhalten von der Gemeinschaft aus. Die Beziehung auf die Gemeinschaft löst das Werturteil aus der Abstraktheit des Gesetzes und gibt ihm gleichsam Fleisch und Blut. Nicht die Körperverletzung als anatomische Verletzung, sondern die gemeinschaftsschädliche Körperverletzung wird bestraft oder mit der Ersatzpflicht belastet. Die im Gesetz genannten Einzelmerkmale sind deshalb durchaus nicht nebensächlich. Sie zwingen dazu, den Lebenstatbestand vollständig zu erfassen und zu gliedern und so bei der Wertung alles zu beachten. Der Ersatzanspruch darf nur zugesprochen werden, wenn auch der Wirklichkeitsfall diese Merkmale aufweist. Nur darf er nicht auf Grund dieser Merkmale mechanisch zugesprochen werden, sondern nachdem man erkannt hat, daß das Gesetz auch seinem Sinne nach zutrifft, daß der Verletzer sich gemeinschaftswidrig benommen hat, und daß ein Schadensausgleich gerecht erscheint. Wir nennen dies wertendes oder konkretes Rechtsdenken oder auch konkretes Ordnungsdenken[6]. Wertendes Rechtsdenken sprengt den Rahmen der aus dem Gesetz auszulegenden Gruppen rechtserheblichen Verhaltens. Jedes Verhalten von Genosse zu Genosse ist an seinem Gemeinschaftswert zu messen und daher rechtserheblich. Denn das Recht steht nicht über den Tatsachen als Gegensatz des Sollens zu dem Sein, sondern es ist als gesolltes Sein beides in Einem, „Gestaltung der Idee". Die Trennung von „rechtlich" und „tatsächlich" ist zu überwinden, wenn man erkennt, daß jede wirkliche Ordnung innerhalb unserer Volksordnung immer auch eine rechtliche Ordnung darstellt[7]. Die Wertung kann der heutige Rechtswahrer vornehmen, ohne daß dadurch einer Rechtsunsicherheit Tür und Tor geöffnet würde, weil er im Wert der Gemeinschaft einen festen unangefochtenen Richtpunkt gewonnen hat.

Auch die Interessenjurisprudenz, die bisher erfolgreichste Feindin des logischen Subsumtionsdenkens, wertet, weshalb Stoll ihr auch den Namen „Wertungsjurisprudenz" geben möchte[8]. Sie gewinnt ihre Werturteile auf einem eigens von ihr ausgebauten Wege, durch Abwägen der jeweils beteiligten Interessen, durch Interessenwer-

---

[5] Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie 2. Aufl., S. 155/56.

[6] C. Schmitt, Ueber die drei Aren des rechtsw. Denkens, S. 11 ff., S. 18; derselbe, Nationalsozialistisches Rechtsdenken, Deutsches Recht 1934, S. 225 ff; Larenz a. a. O. S. 156.

[7] Siebert, BGB System und völkische Ordnung, Deutsche Rechtswissenschaft 1936, S. 210.

[8] Begriff und Konstruktion in d. Lehre d. Interessenjurisprudenz, Ziv.A. Bd. 133 (Festgabe für Heck, Rümelin, Schmidt) S. 67, Anm. 1.

tung[9]. Ihre Grundvorstellung über das Recht ist nämlich die, daß es das Ergebnis eines Interessenringens sei[10]. „Die Interessenjurisprudenz fordert die ausnahmslose[11] Zurückführung jedes normativen Problems auf die Vorstellung eines Interessenkonflikts“[12], „jede Rechtsnorm beruht auf der Entscheidung eines Interessenkonflikts“[13], sie enthalte ein Werturteil über die ihr zugrundeliegenden Interessengegensätze[14]. Die Befriedigung des treibenden und obsiegenden Interesses erscheint Heck als Zweck eines jeden Gebots[15]. Darnach sind Werturteile nur aus einer Konfliktsschau zu gewinnen.

Neuerdings wird die Konfliktstheorie als in Widerspruch zum Gemeinschaftsgedanken stehend empfunden und daher schlechtweg abgelehnt; der Gemeinschaftsgedanke überwinde den Interessengegensatz[16]. Die Alltagserfahrung zeigt jedoch Interessengegensätze in mannigfachster Weise; sie zu leugnen, erscheint uns wenig lebensnah. Die Konfliktsschau erweist sich da als fruchtbar, wo verschiedene, für sich allein keineswegs gemeinschaftsschädliche Interessen nicht nebeneinander ihre Verwirklichung finden können. Wer z. B. eine Willenserklärung abgibt, hat das berechtigte Interesse, daß dasjenige gelte, was er sagen wollte; der Erklärungsempfänger möchte dagegen berechtigterweise sich auf den Wortlaut der Erklärung verlassen können.. Hier besteht ein Interessengegensatz zwischen dem Erklärenden und dem Erklärungsempfänger, der sich bekanntlich wissenschaftlich in der Willenstheorie und in der Erklärungstheorie niedergeschlagen hat. Auch Heck gebraucht einmal, um die Vorzüge seiner Methode offensichtlich zu machen, ein gleichgelagertes Beispiel: die gegensätzlichen Interessen der Erben und der Nachlaßgläubiger[17]. In solchen Fällen bringen die Gebote der Rechtsordnung echte Interessengegensätze zum Ausgleich.

---

[9] Heck, Grundriß des Schuldrechts § 4, S. 14; Stoll a. a. O. S. 69.

[10] Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Ziv.A. Bd. 112, S. 1 ff., S. 17.

[11] von mir gesperrt.

[12] Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz § 13, S. 147, Anm. 3.

[13] Heck, Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner, Ziv.A. Bd. 142 (Neue Folge Bd. 22), S. 305.

[14] Stoll a. a. O. S. 67.

[15] Heck, Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 118, S. 19.

[16] Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie, S. 22. Dagegen Heck, Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner in Ziv.A. Bd. 142 (N. F. Bd. 22), S. 297 ff., S. 305.

[17] Heck, Interessenjurisprudenz S. 21 ff. (Gastvorlesung an der Universität Frankfurt a. M., gehalten am 15. 12. 32).

A. Haftungsausschluß durch konkrete Wertung.

I. Rechtfertigung aus dem Willen des Verletzten.

1. Die Einwilligung in Körperverletzung.

§ 2.

Die strafgesetzliche Regelung der Einwilligung und ihre Tragweite.

In den Streit um die Wirksamkeit der Einwilligung hat neuerdings die Gesetzgebung eingegriffen [18] und in § 226 a des Reichsstrafgesetzbuchs für die Körperverletzung bestimmt: „Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt". Wohlgemerkt: Die Körperverletzung wird dann nicht nur als nicht strafwürdig, sondern als nicht rechtswidrig geachtet. Ein Werturteil ist gefällt. Die Tat widerspricht jedenfalls nicht dem Strafrecht. Gilt aber dasselbe Werturteil nicht auch für das Bürgerliche Recht, auch ohne ausdrückliche Einverleibung der Vorschrift in das Bürgerliche Gesetzbuch? Damit ist die Frage nach der Einheit des Rechts und der Rechtswidrigkeit aufgeworfen. Oder genauer ausgedrückt: Ist es denkbar, daß eine Handlung im Strafrecht nicht als rechtswidrig, dieselbe Handlung aber im Bürgerlichen Recht als rechtswidrig angesehen wird und umgekehrt?

Schon Merkel hat nachzuweisen versucht, daß sich dem allgemeinen Tatbestand des bürgerlichen Unrechts kein davon verschiedener allgemeiner Tatbestand des strafbaren Unrechts gegenüberstellen lasse, demzufolge auch nicht von verschiedenen Grundformen des Unrechts gesprochen werden könne [19]. Seine Grundlage, eine angebliche Einheit der Rechtsfolgen, Strafe und Schadensersatz [20], ist jedoch angesichts der Mehrzahl selbständiger Rechtsverhältnisse verfehlt. Zitelmanns eingehende Untersuchungen beschäftigen sich gerade auch mit den uneinheitlichen Rechts-Folgeerscheinungen [21]. Zitelmann folgert aus der Einheit der gesamten Rechtsordnung zunächst auch einen einheitlichen Begriff der Rechtswidrigkeit. „Ist eine Handlung durch irgend einen Rechtssatz in irgend einem Rechtsteil verboten, so ist sie eben verboten" [22]. Daß das Strafrecht eine Handlung mit Strafe bedroht, ohne daß das Bürgerliche Recht zugleich mit ihr eine Schadensersatzpflicht verknüpfte, oder daß eine zu Schadensersatz verpflichtende Handlung nicht immer auch mit Strafe belegt werde, berechtigt nach Zitelmann richtigerweise nicht zu dem Schluß verschiedener Unrechtsauffassung; die verschiedenen Folgen in den

---

[18] durch das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften v. 26. 5. 1933.
[19] Kriminalist. Abhandlungen I, S. 32 ff., S. 40.
[20] a. a. O. S. 57. [21] a. a. O. S. 11 ff. [22] a. a. O. S. 11.

einzelnen Zweigen der Rechtsordnung hängen mit den verschiedenen Zwecken zusammen, die dieser oder jener Teil der Rechtsordnung im Auge hat. Entsprechend trete der sog. Ausschluß der Widerrechtlichkeit nur ein, wenn das Verbot in sämtlichen Rechtsteilen, in denen es an sich gegeben sei, aufgehoben werde. [23]

Dieser Gedankengang ist leider nicht folgerichtig durchgeführt. Zitelmann unterscheidet zwei Arten von unrechtsausschließenden Rechtssätzen [24]: einmal erlaubende Rechtssätze, die dem Handelnden eine eigene subjektive Befugnis zum so Handeln verleihen, ferner solche, die die Rechtswidrigkeit des so Handelns lediglich verneien, ohne eine Befugnis zu geben, z. B. die §§ 227—229 BGB. Die erlaubenden Rechtssätze müßten für alle Rechtsteile gleichmäßig Kraft haben, während die Geltung der die Rechtswidrigkeit bloß verneinenden Sätze auf den betreffenden Rechtsteil beschränkt sein könne. Damit ist der anfangs so klar betonte einheitliche Begriff der Rechtswidrigkeit wieder durchlöchert, das Trennungsdenken vermag an dieser Stelle doch wieder Fuß zu fassen. Auch andere Verfechter des Einheitsgedankens sind mit Zitelmann sozusagen auf halbem Wege stehen geblieben [25].

Gegenüber dieser sich selbst beschränkenden Auffassung erscheint es allerdings folgerichtiger, die Einheit der Rechtswidrigkeit grundsätzlich zu leugnen. Schröder vermag nicht einmal in jeder bürgerlichrechtlichen Berechtigung (also wohl einem erlaubenden Rechtssatz i. S. Zitelmanns) den Ausschluß der Strafbarkeit und damit Rechtswidrigkeit zu erblicken [26]. Kitzinger spricht von der Strafgesetzwidrigkeit, neben der es „eine andere Art der Rechtswidrigkeit, etwa das bürgerliche Unrecht", gebe [27]. Kiehl meint, die bürgerlichrechtlichen und die strafrechtlichen Verbote folgten ihren eigenen Zwecken, die einen hätten den Schutz der Einzelinteressen, die andern den Schutz der Allgemeininteressen und des Staates zum Inhalt; demgemäß sei es auch nicht richtig, daß die einzelnen Unrechtsausschließungsgründe auf beiden Rechtsgebieten gleichmäßig wirken müßten. Die Einwilligung des Verletzten gebe dem Täter zivilrechtlich die Einrede der Arglist an die Hand, was die Abweisung des Klägers zur Folge habe, strafrechtlich aber könne die Einwilligung ganz unwesentlich bleiben [28]. Die Beobachtung, daß Strafe und Schadensersatzpflicht nicht zusammenzutreffen brauchen, hat hier irregeleitet.

---

[23] a. a. O. S. 14. [24] a. a. O. S. 20.

[25] H. A. Fischer a. a. O. S. 115/16; Nagler. Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit in der Festschrift für Karl Binding. S. 364.

[26] Ueber Wechselwirkungen des Bürgerl. Rechts und des Strafrechts, Ziv.A. Bd. 97, S. 361 ff., S. 390.

[27] Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, Ger. S. 55, S. 1 ff., S. 63 (vgl. auch S. 36).

[28] Die Einwilligung eines Minderjährigen nach geltendem Strafrechte, Goltd.A. 54, S. 381.

Auch Hegler leugnet die „liebgewordene Einheit der Rechtswidrigkeit“ [29]: eine Handlung, die auf einem Rechtsgebiet als Unrecht gelte, sei damit nicht für alle Rechtsgebiete als Unrecht charakterisiert. Fälle, in denen von einem verletzten einzelnen nicht die Rede sein könne, kämen als Unrecht für das Privatrecht gar nicht in Betracht, umgekehrt seien zahlreiche Fälle bürgerlichrechtlichen „Unrechts“ kein Verbrechen, weil es an einer Verletzung von Lebensinteressen der im Staat organisierten Gesellschaft, an Unrecht i. S. des Strafrechts fehle. Richtig ist daran nur soviel, daß nicht jedes zu Schadensersatz verpflichtende Verhalten ein Verbrechen darstellt, und nicht jedes Verbrechen zugleich zu Schadensersatz verpflichtet. Insofern mag man von einem „Zivilunrecht“ und einem „Strafunrecht“ reden [30]. Es sind dies dann aber reine Ordnungsbegriffe, denen keinerlei wertende Bedeutung zukommt. Sonst käme man zu dem logischen Schluß, daß etwa Hochverrat — bürgerlichrechtlich betrachtet — kein Unrecht sei!

Daß es im geltenden Recht keine einheitliche Rechtswidrigkeit gebe, soll angeblich durch folgende Tatbestände bewiesen sein: Nach § 126 b der Reichsgewerbeordnung ist der Lehrlingsvertrag schriftlich abzuschließen. Bei Zuwiderhandlung wird der Lehrherr bestraft, § 150 Ziff. 4 a der RGew.O., der Vertrag ist aber wirksam.. Hier anerkenne das Zivilrecht, was das Strafrecht bestrafe. Will man schon die Mißachtung der Formvorschrift durch den Lehrherrn in das Unrecht einreihen — m. E. handelt es sich nur um die Uebertretung einer Ordnungsvorschrift —, so läge in der zivilrechtlichen Geltung des Vertrages doch keine Billigung oder auch nur Gleichgültigkeit gegenüber der Formübertretung. Das Zivilrecht anerkennt nur das durch den Vertrag begründete gegenseitige Verpflichtungsverhältnis zwischen Lehrherrn und Lehrling als rechtmäßig. Die Mißachtung einer Formvorschrift beim Vertragsschluß berührt die Wertung des Vertragsinhalts nicht. Die Unwirksamkeit formunrichtiger Verträge entstammt ja nicht der Mißbilligung des Vertragsinhalts, des Beweggrundes oder des Vertragszwecks. Die richtige Form kann eben so wichtig sein, daß ein Vertrag mangels dieser Form als ein Nichts gilt. Damit ist aber kein Werturteil nach Recht und Unrecht ausgesprochen. Die Strafvorschrift betrifft die Abschluß form, die zivilrechtliche Geltung den Abschluß inhalt. Aehnliches gilt von dem zweiten Beispiel, dem Bettelerwerb. Das Bürgerliche Recht läßt den Bettler Eigentum erwerben, das Strafrecht bestraft das Betteln, § 361 Ziff. 4 StGB. Das Bürgerliche Recht anerkennt lediglich das Daß des Erwerbs, während das Wie des Erwerbs bestraft wird. Dieses Wie ist, von den Zielen des Bürgerlichen Rechts aus betrachtet, nicht von solcher Bedeutung, daß es den zivilrechtlichen Erfolg

[29] Die Merkmale des Verbrechens Z.St.W. 36, S. 19 ff., S. 29/30, Anm. 31.
[30] In diesem Sinne auch Stoll, Vertrag und Unrecht, 1. Hbd., S. 88/89.

überhaupt vereitelte; anders z. B. bei der Eheschließung! Die unterschiedliche Bewertung in den beiden Rechtszweigen ist also nur eine scheinbare; verschieden ist jeweils der Beziehungsgegenstand, nicht die Unrechtsauffassung.

Die Aufspaltung der Rechtswidrigkeit in Zivilunrecht und Strafunrecht als Wertungsbegriffe ist Ausfluß gesetzespositivistischer Rechtsanschauung. Die Gleichstellung von Recht und Gesetz trübt den Blick für die Einheitlichkeit der Rechtsordnung. Statt von Rechtswidrigkeit spricht man dann gelegentlich auch von Strafgesetzwidrigkeit und bürgerlicher Gesetzwidrigkeit [31]. Das Recht erkennt man demzufolge an den Rechtssätzen; es gibt aber nur bürgerlichrechtliche, strafrechtliche, verwaltungsrechtliche usw. Rechtssätze. Das Gesetz gibt den Stoff zu wertungsfreier, mechanischer Rechtsschöpfung. Mit dem politisch weltanschaulichen Wandel ist dieser Gesetzespositivismus endgültig dahingesunken; die Hindernisse, die sich der Einheit des Rechts noch in den Weg stellen wollten, sind weggeräumt.

„Die Grenze zwischen Recht und Unrecht muß im Bürgerlichen- und im Strafrecht dieselbe sein" [32]. Das Recht muß als einheitliches Ganzes gewürdigt werden. Es kann ein und dasselbe Verhalten eines Volksgenossen nicht unterschiedlich bewerten, es das einemal als recht, das anderemal als unrecht kennzeichnen. Die zufällige Fundstelle des Werturteils in der geschriebenen Rechtsordnung weist nur hin auf die Gliederung des Rechts. Wird daher ein Verhalten in irgend einem Rechtsteil als rechtswidrig mißbilligt, so gilt diese Mißbilligung für das Gesamtrecht. Denn nicht erst der Rechtssatz stellt das Werturteil auf; die anfängliche Erscheinungsform des Rechts ist das alltägliche Leben selbst mit seinen unzähligen Entscheidungen über das, was die Gemeinschaftsgenossen gegenseitig von sich fordern müssen und fordern können. Das gelebte Recht versteht sich nicht erst aus dem gesetzten, sondern das gesetzte Recht aus dem gelebten [33]. Das gelebte Recht ist der Stamm, auf den all die vielen Rechtszweige, wie Bürgerliches Recht und Strafrecht, zurückführen, im Stamme schon wird das Werturteil über ein Verhalten gefällt, dieses als recht anerkannt oder als unrecht verdammt. Je nachdem die Tat eine oder mehrere der nachteiligen Folgen für den Missetäter erheischt, wird sie den Rechtszweigen mitgeteilt. Dort werden die rechtlichen Nachteile über den Täter verhängt. Dabei spielen rechtspolitische Gesichtspunkte eine ausschlaggebende Rolle. Die verschiedenen Zwecke der Rechtsordnung werden daran offenbar, z. B. im Bürgerlichen Recht der Schadensausgleich, im Strafrecht die Sühne, die Einheit der rechtlichen Werturteile wird aber dadurch nicht gestört. Um dieser Einheit auch im Gesetzgebungswerk sinnfälli-

[31] vgl. Kitzinger a. a. O.
[32] Kadecka, Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentags. Bd. II. S. 461.
[33] Münch, Kultur u. Recht, Zeitschr. f. Rechtsphil., Bd. I, S. 345 ff., S. 360.

gen Ausdruck zu geben, müßte man eigentlich den Kodifikationen des Bürgerlichen Rechts, des Strafrechts u. s. f. eine solche der Wertungen voranstellen.

Unser Ergebnis lautet: Die Verneinung der Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten, ohne Verstoß gegen die guten Sitten, ist ein gesamtrechtliches Werturteil, auch wenn dieses Werturteil nur im Strafrecht einen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat. Dies folgt aus der Einheit von Recht und Unrecht. Daraus ergibt sich ein Doppeltes:

1. Eine Beschränkung des § 226 a StGB auf das Strafrecht ist mit der Einheit der Rechtsordnung nicht vereinbar; die Vorschrift ist daher im Bürgerlichen Recht genau so anzuwenden, wie wenn sie ausdrücklich dorthin übernommen wäre[34]. Soweit darnach die Widerrechtlichkeit der Körperverletzung entfällt, ist die Haftung des Verletzers auf Schadensersatz nach § 823 BGB ausgeschlossen.

2. Die Einwilligung in Körperverletzung kann im Bürgerlichen Recht nicht anders aufgefaßt werden als im Strafrecht. Die Dogmatik der Einwilligung hat vielmehr einheitliche, im Bürgerlichen Recht wie im Strafrecht gleich verwertbare Wirksamkeitsvoraussetzungen zu ermitteln.

§ 3.

Die Dogmatik der Einwilligung in der bisherigen Lehre und Rechtsprechung.

In der Lehre von der Einwilligung des Verletzten klafft der Zwiespalt zwischen bürgerlichrechtlicher und strafrechtlicher Betrachtungsweise. Die Wissenschaft behandelt das Problem nicht als ein gesamtrechtliches. Man sieht sich der Einwilligung in Körperverletzung zunächst als konkreter Lebensäußerung gegenüber. Diese Lebenswirklichkeit ist „juristisch" noch nicht erfaßbar, sie muß wie ein Stück rohes Eisen zuerst geschmiedet und geformt werden, um in den Rechtsfindungsmechanismus eingebaut werden zu können. Man nennt dies Bestimmung der „Rechtsnatur". Da man aber kein System des Rechts kennt, sondern nur Systeme des Bürgerlichen Rechts oder des Strafrechts, so braucht die Rechtsnatur den Lebensvorgang immer nur einem bestimmten Zweige des Rechts fügsam zu machen, sie fällt deshalb immer spezialrechtlich aus.

So hat die Lehre des Bürgerlichen Rechts versucht, die Einwilligung des Verletzten in einer ihrer drei Gruppen rechtlich bedeutsamen rechtmäßigen Handelns unterzubringen. Die Einwilligung ist eine reine Willensäußerung. Die Tathandlung schied also von vornherein aus. In Betracht kamen noch das Rechtsgeschäft und die Rechtshandlung. Die Rechtshandlung bewirkt eine Veränderung in

[34] So wohl auch Stoll Vertrag und Unrecht, S. 90.

der Rechtswelt kraft Gesetzes, unabhängig vom erklärten Einzelwillen. Früher konnte schon mangels jeder gesetzlichen Vorschrift die Einwilligung nicht als Rechtshandlung aufgefaßt werden, aber auch heute führt ja nicht die Einwilligung allein zu einem rechtlichen Erfolg; die Verletzungshandlung muß dazukommen [35]. Daß die Einwilligung des Verletzten schlechthin rechtsunwirksam wäre, hielt man jedoch immer für unerträglich. Es galt also, die Einwilligung in die letzte noch verbleibende Form einzuspannen, sie unter die Rechtsgeschäfte zu stellen. Schon die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch sahen in der Einwilligung des Verletzten ein Rechtsgeschäft [36]; Zitelmann hat diese Lehre ausgebaut [37]. Die bürgerliche Rechtsprechung ist gefolgt: das Reichsgericht hat ausgesprochen [38], die Einwilligung in Körperverletzung werde als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung angesehen, die den Vorschriften über Willenserklärungen unterliege, somit insbesondere bei Minderjährigkeit des Einwilligenden unwirksam sei.

Es ist zuzugeben, daß die Einwilligung in einem rechtsgeschäftlichen Gewande auf einfache Weise sichere Ergebnisse ermöglicht. Bis die Einwilligung aber in den Rechtsgeschäftsbegriff hineingepreßt ist, müssen doch arge Gedankenspäne fliegen! Als Rechtsgeschäft muß die Einwilligung auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet sein. Dieser kann Befehl oder Erlaubnis, Berechtigung oder Verpflichtung sein. Die Anhänger der Rechtsgeschäftstheorie konstruieren nun aus der Einwilligung eine Erlaubnis zur Verletzung, der Einwilligende gebe dem Verletzer eine Befugnis, ein Recht zur Verletzung. Der Verletzer übt also sein gutes Recht aus. Die unrechtsausschließende Kraft der Einwilligung hat ihre Erklärung gefunden. Aber um welchen Preis! Von einer dem natürlichen Vorgang entsprechenden Einwilligung ist nichts mehr übrig geblieben, die Wirklichkeit ist vergewaltigt und einer blutleeren Mechanik geopfert.

Dem Strafrecht bereitete es ungleich größere Schwierigkeiten, die Einwilligung in Körperverletzung rechtlich zu erfassen. Während es den bevorzugten Gegenstand des Bürgerlichen Rechts bildet, Willenserklärungen mit Rechtswirkungen auszustatten, bezeichnen derartige Willensäußerungen außerstrafrechtliche Erscheinungen. Das bürgerliche Rechtssystem hatte für die Einwilligung des Verletzten fertige, technische Begriffe bereit, im Strafrecht dagegen bedurfte es

---

[35] Vgl. v. Bar. Gesetz u. Schuld im Strafrecht Bd. III, S. 60; Honig, Die Einwilligung des Verletzten. S. 164.

[36] Motive Bd. II, S. 730.

[37] Ziv.A. 99, S. 48 ff.; im Anschluß an Zitelmann: H. A. Fischer a. a. O. S. 271 ff.; Flad, Handeln auf eigene Gefahr, „Recht" 1919 Sp. 13 ff.; Oertmann § 823, 7 d, S. 1396; Enneccerus-Lehmann Schuldverh. § 228 II 3 c, S. 775. Heck, Schuldrecht § 146, 2, lehnt die Rechtsgesch.natur ab.

[38] RGZ 69, S. 433 ff.; 141, S. 263 (265).

des Umwegs über die systematische Erfassung der Angriffsobjekte, um die Einwilligung des Verletzten technisch wirksam einfügen zu können. Die Bestimmung des materiellen Unrechtsgehalts, der Angriffsobjekte, ist immer stark weltanschaulich gefärbt. Seit der Aufklärung kreisen diese Lehren um den Einzelmenschen als Höchstwert, der von nun an im Mittelpunkt bleibt trotz einiger Schattierungen in der Zeichnung des Angriffsobjekts, und der seine zentrale Stellung beibehält auch noch in neuerer Zeit, in der die „Interessen der Allgemeinheit" mehr und mehr in den Vordergrund treten.

Wir verfolgen kurz die Auffassungen über den eigentlichen Gehalt des (strafrechtlichen) Unrechts und ihre Rückwirkung auf die Einwilligungsfrage [39]. Zunächst begegnen wir einer Lehre, die — von der naturrechtlichen Schule beeinflußt — ein Rechtsgebäude aus lauter Rechten des einzelnen, subjektiven Rechten, aufrichtet. Jede Rechtswidrigkeit ist eine Mißachtung eines subjektiven Rechts. Einwilligung in die Mißachtung bedeutet Preisgabe des Rechts, Verfügung über das Recht. Den Schlüssel für die Wirksamkeit der Einwilligung bildet die Verfügungsbefugnis des Einwilligenden über das verletzte Recht. Die Verfügungsbefugnis hängt zusammen mit den veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten der Aufklärungsphilosophie [40] [41].

Es bedeutet einen — allerdings geringen — Fortschritt, wenn man den materiellen Unrechtsgehalt auf die Verletzung von Rechtsgütern zurückführt. Nicht das einer Person zustehende Recht als etwas Ideelles könne verletzt werden, sondern nur ein Gegenstand des Rechtsschutzes, ein Gut, wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Vermögen. Welche Gegebenheiten als Güter bewertet werden, entscheidet nicht der einzelne,, sondern die Gesellschaft, denn eine rechtliche Regelung findet nur das, was die Gesellschaft berührt. Mit dieser Lehre des soziologischen Positivismus hat sich zuerst Birnbaum [42] Feuerbach entgegengestellt. Ihre Auswirkungen reichen bis in jüngere Zeit. Man unterscheidet, ähnlich wie bei den subjektiven Rechten, verfügbare und, wegen ihres Wertes für die Gesamtheit, unverfügbare Rechtsgüter. Die Einwilligung des Verletzten ist nur dann wirksam, wenn dem Einwilligenden die Verfügungsgewalt über das verletzte Rechtsgut zusteht. Ueber das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit kann man grundsätzlich nicht verfügen [43].

---

[39] Eingehend Honig, Die Einwilligung des Verletzten Teil I.

[40] Unveräußerlich sind z. B. die Rechte auf Leben, Gesundheit, Ehre, Freiheit, veräußerlich alle Vermögensrechte.

[41] Hauptvertreter: A. v. Feuerbach, Lehrbuch S. 61.

[42] Ueber das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens. Arch. f. Krim. Recht. Neue Folge 1834, S. 149 ff.

[43] Aus dem Schrifttum: Beling, Die Lehre vom Verbrechen, S. 222/23, Grundzüge des Strafrechts S. 17; Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts S. 140/42; Gerland, Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligen-

In der Rechtsgüterlehre bleibt die Einwilligung des Verletzten noch in bürgerlichrechtlichen Schalen stecken. Diesen Schönheitsfehler beseitigt erst die Interessentheorie. Man dringt nämlich von der Erkenntnis der Rechtsgüter weiter vor zu den psychologischen Voraussetzungen, die eine zunächst wertfreie Gegebenheit zum wertgeschätzten Rechtsgut erheben; man findet sie in dem Interesse, das eine Einzelperson mit dem Gegenstand des Interesses verbindet [44]. Der Interessengedanke bleibt aber nicht beim einzelnen stehen, sondern leitet weiter zur „Verletzung von Interessen der im Staat organisierten Gesellschaft" [45]. Wohl die klarste Umschreibung des Interessebegriffs gibt Mezger [46]: Interesse ist „die Anteilnahme des individuellen oder sozialen Willens an dem Bestehen eines bestimmten Zustandes". Interessenverletzung bildet den Gehalt allen Unrechts.

Die Rückwirkung auf die Einwilligungsfrage ist unschwer zu erkennen. Wer in eine Körperverletzung einwilligt, gibt damit kund, daß er im gegebenen Fall kein Interesse an seiner körperlichen Unversehrtheit hat; ein Interesse des Einwilligenden kann jedenfalls nicht verletzt sein. Ist nicht ein wesentliches Allgemeininteresse mitverletzt, so ist die Körperverletzung nach dem „Prinzip des mangelnden Interesses" nicht rechtswidrig [47], der Angriff stößt ins Leere.

Wie schwer der Strafrechtler die Einwilligung verarbeiten kann, zeigt auch die Beobachtung, daß die Rechtsprechung ihre eigenen Wege gegangen ist, ohne die Lehren der Wissenschaft zu verwerten. Die Strafrechtsprechung stellt darauf ab, ob die Einwilligung einem auch vom Strafrecht anerkannten Willen entspringe [48]. Dies ist dann der Fall, wenn der Einwilligende die genügende geistige Reife und Urteilskraft besitzt, um sich der Bedeutung der Verletzung klar zu sein [49], und die Willensentscheidung nicht gegen die guten Sitten verstößt. Die Altersschranken fallen mit der Vollendung des 18. Lebensjahrs. Die Vorschriften über bürgerlichrechtliche Willenserklärungen werden bei der im Strafrecht zu beurteilenden Einwilligung ausdrücklich ausgenommen [50].

Ein Beispiel aus der Rechtsprechung mag die Unhaltbarkeit der zwiespältigen Einwilligungslehre beleuchten [51]. Ein Arzt hatte einem

---

den, V. D. Allg. T. Bd. II, S. 487 ff. (S. 524); v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 217; v. Olshausen, Kommentar Bd. I, Vorb. z. 4. Abschn. Anm. 10; gegen die Verfügungstheorie Frank StGB, S. 142.

[44] Keßler, Die Einwilligung des Verletzen in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, S. 32 ff., S. 48 ff.

[45] Hegler a. a. O. S. 29.

[46] Mezger, Strafrecht § 25 III, S. 198.

[47] Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, Ger. S. 89, S. 270, Lehrbuch § 27, S. 205.

[48] RG. J W. 1928, S. 2229 (2232 Sp. 2 oben).

[49] Ebermayer-Lobe-Rosenberg (Leipz. Komm.), Einführung § 5, B 16, S. 44

[50] RGSt. 41, S. 392 (395/96).

[51] Mitget. bei Ebermayer, Arzt u. Patient in der Rechtsprechung, S. 122 ff.

17jährigen Mädchen mit dessen Einwilligung, aber ohne Wissen und Willen der Eltern, Paraffin in die nur kümmerlich entwickelte rechte Brustseite eingespritzt. Es ergaben sich nachteilige Folgen, der Arzt wurde auf Schadensersatz verklagt und verurteilt. In dem reichsgerichtlichen Urteil wurde u. a. ausgeführt, die Vornahme der Operation sei mangels der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters als rechtswidrige Körperverletzung zu erachten. Die Einwilligung der Minderjährigen genüge nicht, den Arzt zur Vornahme einer Operation zu berechtigen. Derselbe Fall beschäftigte auch noch die Strafkammer, da gegen den betr. Arzt Anklage wegen fahrlässiger Körperverletzung erhoben war. Es erfolgte Freispruch. Die Strafkammer sprach in bewußtem Gegensatz zur Entscheidung des Zivilsenats in der gleichen Sache aus, eine ärztliche Operation mit Einwilligung des verständigen und körperlich erwachsenen, wenn auch noch minderjährigen Patienten stelle keine rechtswidrige körperliche Mißhandlung dar. Ein und derselbe Vorgang wurde so das einemal als rechtswidrig, das anderemal als rechtmäßig beurteilt! Angesichts solcher Unstimmigkeiten maßt es sich die Wissenschaft gar nicht an, die Einwilligungsfrage schon einer Lösung zugeführt zu haben, trotzdem es an zahlreichen Bemühungen hiezu nicht gefehlt hat [52].

Der nächstliegende Weg, zu einer einheitlichen Erfassung der Einwilligung durchzustoßen, wäre der, daß das eine Rechtsgebiet auf seine eigenständige Lehre verzichtet und diejenige des anderen Rechtsgebiets auch für seinen Bereich anerkennt. Eine Zeitlang hatte die Rechtsgeschäftstheorie dank ihrer einfachen Handhabungsmöglichkeit auch in der Strafrechtslehre Boden gewonnen [53]. Es ist gut, daß sie sich hier nicht durchgesetzt hat; der Gewinn der Einheit wäre mit neuen Unstimmigkeiten erkauft worden. Nicht nur, daß die Rechtsgeschäftstheorie, auf die Einwilligung angewandt, eine lebensfremde Konstruktion darstellt; sie entstammt einem Bereich, in dem die einzelnen Volksgenossen ihre Rechtsbeziehungen eigens gestalten; im außerrechtsgeschäftlichen Unrecht wird sie als Fremdkörper empfunden. Der Zivilrechtler denkt bei der Einwilligung tatsächlich gar nicht an eine Andersbewertung der Verletzung, sondern an das Schicksal der Schadensersatzansprüche. Damit wird die Verletzung wieder auf das rechtsgeschäftseigene vermögensrechtliche Gebiet zurückgeführt. Also ein ausgesprochenes spezialrechtliches Denken, das sich zur Uebertragung auf andere Rechtsgebiete nicht eignet.

Eine Einigung auf der Grundlage der strafrechtlichen Einwilligungsdogmatik ist ebenfalls unmöglich. Das Strafrecht ist typisches Schutzrecht. Wo die Schutzbedürftigkeit wegfällt, da entfällt auch die Strafe. An der klaren Herausstellung der Angriffsobjekte kann sich

---

[52] Vgl. das bei Mezger, Ger.S. 89, S. 270, Anm. 1 und Lehrbuch § 28, Anm. 1, S. 207/08 angeführte Schrifttum.

[53] Reinhard Frank folgte ihr b. zur 11.—14. Aufl. seines Erläuterungswerks.

der Schutzgedanke entwickeln. Die Verletzung eines Angriffsobjekts erscheint als rechtswidrig, solange dieses schutzbedürftig bleibt. Der sog. Unrechtsausschluß ist mit mangelndem Schutzbedürfnis verkoppelt. Man gelangt dadurch zu einer weitgehenden Uebereinstimmung zwischen Strafbarkeit und Rechtswidrigkeit. Und doch ist nicht alles, was rechtswidrig ist, damit auch strafwürdig. Auch die Strafrechtslehre denkt nur für ihr Spezialgebiet, findet die Lösung auf technischem Wege, nicht als Werturteil, und das bei einer das Gesamtrecht angehenden Frage nach Recht und Unrecht!

Es erheben sich gegen die strafrechtliche Einwilligungslehre auch weltanschauliche Bedenken, die wir an der Interessentheorie als der zuletzt ausgebildeten kurz aufzeigen wollen. Dieser Theorie, wie auch ihren Vorläufern, eignet eine ganz bestimmte Auffassung vom Recht überhaupt. „Recht ist diejenige soziale Regelung, die das möglichste Maß persönlicher Lebensbetätigung in gegenseitig geordnetem Gemeinschaftsleben ermöglicht“ [54], oder, wie es an anderer Stelle heißt [55], „Endzweck allen Rechts“, „die Idee der Gerechtigkeit“ sei das Streben nach „größtmöglicher Befriedigung der größtmöglichen Zahl von Interessen“. Dieses Recht hat als obersten Ausrichtungspunkt die Schrankenlosigkeit des Menschen als eines Einzelwesens. Soweit Bindungen bestehen, dienen sie doch wieder der Einzelinteressenbefriedigung. Der Charakter dieses Denkens ändert sich auch nicht durch die Betonung der Gemeinschaftsinteressen. Wer glaubt, die Gemeinschaft habe bestimmte „Interessen“, der verrät noch ein individualgesetzliches Denken. Der Interessebegriff gehört zum Bereich der Einzelperson; die Gemeinschaft hat keine Interessen, sondern eine Lebensordnung.

Wollten wir heute die Interessentheorie als einheitliche Grundlage unseres Problems erwählen, so würden wir bereits entthronte Größen noch als richtungweisend anerkennen. Das Recht in seiner Gesamterscheinung ist heute schon unabhängig von einer Gesetzesänderung nicht mehr vom einzelnen und seinen Interessen her bestimmt, sondern an der Gemeinschaft und ihrem Leben ausgerichtet. Auf dieser Grundlage ist eine gesamtrechtliche Lösung der Einwilligungsfrage zu finden. Die Einwilligung kann deshalb nicht einer wirklichkeitsfremden Rechtstechnik brauchbar gemacht werden, sondern sie ist als eine das Recht in seiner Gesamtheit angehende Erscheinung in ihrer Wertungsfunktion zu erkennen. Deshalb fragen wir nicht: Ist die Einwilligung rechtmäßig oder rechtswidrig? [56] Sondern indem wir gesamtschauend den Lebensvorgang „Körperver-

[54] Mezger, Lehrbuch § 26, Anm. 9, S. 204.

[55] Mezger, Die subj. Unrechtselemente, Ger.S. 89, S. 242, Anm. 1.

[56] So ausdrücklich Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen, S. 146; auch Stoll, Vertrag und Unrecht a. a. O. S. 90 spricht von rechtswidriger, statt von unwirksamer Einwilligung.

letzung mit Einwilligung des Verletzten" als geschlossenes Ganzes werten, stellen wir — in Uebereinstimmung mit § 226 a StGB, der auf die Sittenwidrigkeit der Tat abstellt — an den Ausgangspunkt die Frage: Ist die Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten rechtmäßig oder rechtswidrig? Das Werturteil darüber darf natürlich nicht als ein zufälliges Gutdünken in der Luft hängen, sondern bedarf einer sicheren wissenschaftlichen Grundlegung.

§ 4.

Das Recht als die Lebensordnung der Gemeinschaft.

Dem alten Rechtsdenken fehlt das Erleben der Gemeinschaft. Wenn es das, was wir heute unter der Gemeinschaft begreifen, ausdrücken will, so gebraucht es bezeichnenderweise meist farblose Begriffe wie Oeffentlichkeit, Allgemeinheit oder Gesellschaft. Schon an der Wahl dieser Begriffe erkennen wir, daß sie keine eigenlebendigen Lebensäußerungen bezeichnen sollen, sondern Gebilde, die erst das Denken schuf. Die Allgemeinheit ist eben die Summe der Einzelwesen. Sie steht als eine Mehrheit dem einzelnen „gegenüber". Wo das Individuum in seinem Tun und Lassen nicht nach freiem Belieben walten kann, sondern auf die Allgemeinheit Rücksicht zu nehmen hat, da fügt es sich als Minderheit der Mehrheit. So bezeichnen z. B. die guten Sitten nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden [57], mithin das Anstandsgefühl einer Summe von Individuen.

Wir verstehen die Gemeinschaft als eigenen Lebenskörper. Niemandem von uns fällt es ein, die Geschichte des deutschen Volkes als eine Summe von Einzelschicksalen oder als die Schicksalskette der regierenden Staatsoberhäupter zu begreifen. Am Volksschicksal offenbart sich die eigene Lebensgesetzlichkeit einer Gemeinschaft. Diese beobachten wir auch an engeren Gemeinschaften. Eltern und Kinder leben nicht als zusammengewürfelte Einzelwesen miteinander, sondern als bewußte Familiengemeinschaft. Im Erbhof findet eine generationenverbindende Gemeinschaft ihren sichtbaren Ausdruck. In der Betriebsgemeinschaft fügen sich alle Mitarbeiter zusammen, jeder arbeitet an seiner Stelle zum Gedeihen des Ganzen, von dem er selbst Lohn und Verdienst wieder zurückempfängt; wo das Gemeinschaftsbewußtsein im Betrieb fehlt und statt seiner der Klassenkampf herrscht, da kommt es zu keiner Blüte, weil man dann das Lebensgesetz des Betriebs mißachtet. Die Gemeinschaft wird also nicht nur gedacht, sie wird gelebt. Die Ordnung, nach der die Gemeinschaft lebt, nennen wir Recht.

Wir dürfen uns nur auf die Uranfänge des Rechts zurückbesinnen, um uns klar zu machen, daß das Recht nicht der Welt des einzelnen

[57] z. B. RGZ 120, S. 144 (148) und früher.

entstammt, sondern der Gemeinschaft. Ein Einsiedler, der als einziges menschliches Wesen eine ferne, unbekannte Insel bewohnt, lebt ohne Recht. Er kann im Bereich seiner Insel tun und lassen, was er mag; von menschlicher Seite wird seinem Leben kein Wertmaßstab angelegt. Siedeln sich noch mehr Menschen auf der Insel an, so kann unter ihnen Mord und Totschlag herrschen, ohne daß von irgend einer Seite etwas als das Rechte durchgesetzt würde. Es ist aber auch denkbar, daß die Bewohner der Insel sich anfreunden, zusammenarbeiten, Familien gründen. Eine Gemeinschaft, ein Staat im kleinen ist entstanden. Ist aber erst eine Gemeinschaft da, so gibt es auch eine Ordnung, die diese Gemeinschaft aufrecht erhält und fördert. Ein Recht ist geboren. Nun darf der eine den andern nicht mehr erschlagen, ihm Hab und Gut rauben, ihn betrügen, weil er damit die Gemeinschaft der Inselbewohner störte. Erlahmt das Gemeinschaftsbewußtsein, zerfällt der Inselstaat wieder in Individuen, so geht auch das Recht unter, weil es seinen Beziehungspunkt, eben die Gemeinschaft, eingebüßt hat. Wo es ein Recht gibt, da zeugt es von der Gemeinschaft, der es entsprungen ist und die es nun weiter erhält.

Es ist nicht anders als beim Einzelmenschen: Will er nicht zugrunde gehen, muß er eine bestimmte Lebensordnung einhalten, er muß essen, sich körperlich und geistig betätigen, schlafen. Genau so hat die Gemeinschaft als etwas Lebendiges ihre Ordnung, die sie durchsetzen muß, weil sie sonst verkümmerte und schließlich der Auflösung verfiele. Und eben diese Ordnung heißt Recht. „Im Recht erfährt das Gemeinschaftsleben des Volkes seine sinnvolle, zweckmäßige und gesunde Gestaltung“ [58], es ist das geformte, „ausgerichtete“ Gemeinschaftsleben selbst.

Die Gemeinschaftsordnung regelt das Verhalten der einzelnen zueinander. Sie sieht in den einzelnen nicht für sich seiende eigenmächtige Wesen, sondern die Träger der Gemeinschaft. Deshalb geht sie nicht darauf aus, möglichst vielen Einzelpersonen die größtmögliche Interessenbefriedigung zu verschaffen, sondern die Gemeinschaft zu schützen und zu fördern. Das sind nicht verschiedene äußerliche Bezeichnungen für ein und dasselbe. Es ergeben sich daraus Folgerungen für Aufbau und Gliederung des gesamten Rechts wie auch für seinen Inhalt. Es folgt daraus, daß wir den einzelnen nicht in einem „Gegenüber“ zu den andern sehen, sondern als ein Glied i n kleineren oder größeren Gemeinschaften. Die Gemeinschaftsstellung in der Ehe, in der Familie, im Betrieb, letztlich in der großen Volksgemeinschaft ist das wesentliche, von hier aus wird das Leben des einzelnen ausgefüllt mit Aufgaben und Pflichten. Der Vater hat die Familie zu ernähren, die Kinder mit zu erziehen, der Betriebsführer

[58] E. R. Huber, Neue Grundbegriffe des Hoheitlichen Rechts, Grundfragen der Neuen Rechtswissenschaft, S. 143 ff., S. 176.

die in seinem Betrieb Arbeitenden zu einer echten Gemeinschaft der Arbeit zu vereinen. Ein anderer hat vielleicht das Amt eines Vormunds, führt einen SA-Sturm, eine Gemeinde. Bei Kindern und Jugendlichen zeigt sich die Gemeinschaftsstellung vor allem darin, daß sie Geist und Körper ausbilden müssen, um gemeinschaftstüchtig zu werden. Mag einer den Aufgaben in engeren Gemeinschaften entgehen, die große Volksgemeinschaft erfaßt ihn doch mit ihren Pflichten. Die tägliche Arbeit eines jeden in seinem Beruf ist nicht notwendiges Uebel, das man des Broterwerbs wegen auf sich zu nehmen hat. Jede Berufstätigkeit bedeutet Leistung für die Gemeinschaft, und als solche verdient sie ihre Entlohnung. Es ist erste Pflicht jedes Volksgenossen, in seinem Teile etwas für die Gemeinschaft zu schaffen [59]; die allgemeine Arbeitspflicht wird ergänzt von der Wehrpflicht. Mannigfache Gemeinschaftsbindungen bedingen so die Gestaltung des Einzellebens. Deshalb darf ein lebensnahes Recht nicht die Einzelperson aus der Gemeinschaft herauslösen und auf dem so entwurzelten Wesen den Bau des Rechtes errichten. Darum nehmen wir, wie es der Wirklichkeit des Lebens entspricht, die „Gliedstellung" des Volksgenossen [60] zum Ausgangspunkt unserer rechtlichen Wertungen. Den einzelnen in seiner Gliedstellung sehen heißt: seine Aufgaben, seine Pflichten in der Gemeinschaft erkennen und zugleich das höchste Recht des einzelnen, seine Ehre, darin erblicken, solche Aufgaben zugewiesen zu erhalten und sie zu erfüllen.

Wenn wir so den einzelnen als eine Gliedpersönlichkeit betrachten, so bedeutet dies nicht, daß wir der Einzelpersönlichkeit keinen Wert beimäßen, sie in der Gemeinschaft völlig untergehen ließen und auslöschten. Eine lebensvolle Gemeinschaft verlangt starke Gliedpersönlichkeiten, die auf dem ihnen zugewiesenen Platz vollwertige Leistungen für die Gemeinschaft hervorbringen. Das Einzelwesen begreifen wir heute „in der größtmöglichen Entfaltung als die Blüte des gesunden Wesens eines Volkstums überhaupt" [61]. Hierin liegt die Wertschätzung begründet, die der einzelne in der Gemeinschaft genießt. „So bringt gerade die von der Gemeinschaft ausgehende Betrachtungsweise, die den einzelnen nur als Glied der Gemeinschaft kennen, achten und schätzen will, für die Einzelperson einen völlig anderen, gegenüber dem Individualismus neuen und sittlich höher stehenden Wertgesichtspunkt. Die Ehre des Volksgenossen ist mehr als die Ehre der isolierten Einzelperson, die Rasse des einzelnen wird wertvoll und schutzbedürftig erst um der Gemeinschaft wil-

[59] Vgl. Punkt 10 des Programms der NSDAP.

[60] Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, Grundfragen S. 245, Gemeinschaft und Rechtsstellung, Deutsche Rechtswissenschaft 1936, S. 33, 37; daselbst Siebert, Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung, S. 27.

[61] A. Rosenberg auf der Reichstagung 1935 der NS. Kulturgemeinde, Gestaltung der Idee S. 330/31.

len“ [62]. Darum schützt ihn die Gemeinschaft in ihrem Recht. Angriffe auf die Lebensordnung der Gemeinschaft können unmittelbar den Bestand der Gemeinschaft gefährden wie etwa ein hochverräterisches Unternehmen, zumeist aber werden sie die Gemeinschaft in ihren Gliedern treffen. Wo zwei Glieder einander stören und verletzen, da herrscht kein Zusammengehörigkeitsgefühl mehr, da ist die Lebensordnung der Gemeinschaft, das Recht, durchbrochen. Weil die Gemeinschaft ihre Ordnung den Rechtsbrechern zum Trotz durchsetzt, gebietet sie, die Bruchstelle zu beseitigen, sei es ausgleichend durch Ersatz des Schadens oder sühnend und warnend durch Strafe. Der Fremde hat sich genau so in die Gemeinschaftsordnung zu fügen; bricht er sie, so wird auch er zur Verantwortung gezogen, genießt aber andererseits auch den Schutz der Gemeinschaft. Der Gemeinschaftsgedanke führt, wie zu einem höheren Wert, so auch zu einem stärkeren Schutz des Einzelgliedes durch das Recht. Im Rechtsschutz spürt der einzelne seine Geborgenheit in der Gemeinschaft.

Die Lebensordnung der Gemeinschaft verlangt nun nicht ein bloß äußerliches, ordnungsmäßiges Verhalten ihrer Glieder. Damit begnügte sich allerdings die mechanische Rechtslehre des Positivismus, welche Gesinnung und Moral als unberechenbare, metaphysische Kräfte streng vom Rechte schied. Für das Recht als Lebensordnung der Gemeinschaft ist jedoch die Gesinnung, die sittliche Haltung ihrer Glieder nicht gleichgültig. Echtes Gemeinschaftsbewußtsein lebt nur davon, daß letzte Grundentscheidungen und Werte sich bei allen Gliedern *innerlich* durchgesetzt haben. Das Recht muß der Niederschlag einer lebendigen, in allen Gliedern verwurzelten *Rechtsidee* sein. Von hier aus kann erst die allseitige Wertung einer Tat beginnen. Freilich, soll der Richter keine Werturteile fällen, sondern Tatbestände des Lebens unter solche des Gesetzes stellen, dann mag man ihm empfehlen, sich „überpositivistischer“ Ideen zu entledigen. Werten aber kann man ein menschliches Verhalten nur, wenn man auch Beweggründe und Zwecke der Tat miteinbezieht; der Erfolg der Tat, für sich betrachtet, kann wertfrei erscheinen. Gerade die „zweckbetonte Rechtsbetrachtung . . . verbindet die Rechtsanwendung mit der Wertung und mit unserer sittlichen Grundhaltung. Recht und Sittlichkeit stehen nicht mehr als Gegensätze nebeneinander, weil den Postulaten der Sittlichkeit die dem Rechtsbegriff immanente Zwangsgewalt fehle, sondern sie bilden konzentrische Kreise, wobei der Zweckgedanke im Recht hinüberleitet zur sittlichen Wertung“ [63]. Das führt nicht zu Gesinnungsbußen, denn die Gemeinschaft kann das Einzelglied erst zur Verantwortung ziehen, wenn die Mißachtung gemeinschaftlicher Wertungen sich in einem Verhal-

[62] Siebert, die Volksgemeinschaft im Bürgerl. Recht, NS Handbuch S. 955 ff.
[63] Würdinger, Das subjektive Recht im Privatrecht, Deutsche Rechtswissenschaft 1936, S. 15 ff., S. 19.

ten kund gegeben hat. Andererseits kann eine Tat, die sittlich und gesinnungsmäßig die Anerkennung der Gemeinschaft findet, nie rechtswidrig sein [64].

Unrecht ist darnach jedes Verhalten, das mit den sittlichen Grundlagen der Gemeinschaft in Widerspruch steht. Des Näheren kann der Unrechtsgehalt bestehen im Bruch des Gemeinschaftsfriedens zwischen Verletztem und Verletzer und einer Störung des Gemeinschaftsgefüges mit seiner Aufgabenverteilung.

§ 5.

Die Einwilligung des Körperverletzten in der Lebensordnung der Gemeinschaft.

Ehe wir die Einwilligung des Verletzten in die Lebensordnung der Gemeinschaft hineinstellen, haben wir Klarheit darüber zu schaffen, was die Einwilligung eigentlich darstellt und woran sie zu erkennen ist. Dabei dürfen wir die Einwilligung nicht mit Vorstellungen von einer bestimmten Rechtsnatur vorausbelasten, müssen sie, um ihren Wertgehalt zu erfahren, als das betrachten, was sie *wirklich* ist, die Erklärung eines rein psychologischen Willens des Verletzten, der zum Verletzer sagt: Du darfst mich verletzen. Untrüglich erkennen wir die Einwilligung bei folgender Ueberlegung: Ist die Verletzung dem Verletzten erwünscht oder doch völlig gleichgültig? Gelangen wir zur Bejahung des einen oder andern, dann ist die Einwilligung des Verletzten erwiesen. Müssen wir beides verneinen, so hat der Verletzte nicht eingewilligt. In diesen beiden Merkmalen, der Erwünschtheit oder der Gleichgültigkeit, steckt der Wertgehalt der Einwilligung, nicht etwa in einer Veränderung der Rechtswelt, wie beim Rechtsgeschäft; daß die Einwilligung dem Verletzer ein Recht zum Verletzen gebe, ist rein konstruktiv gedacht und entspricht nicht einer lebensnahen Wertung. Der Einwilligung ist wesentlich, daß sie die von ihr umfaßte Verletzung gewissermaßen zu einem Bestandteil einer Friedensordnung im kleinen macht. Der Verletzte fühlt sich nicht verletzt in dem Sinne, daß ihm Unrecht widerfahren sei, er denkt nicht, die Gemeinschaft müsse hier eingreifen und das Recht durchsetzen, wenn er sich nicht gemeinschaftsverlassen vorkommen solle. Andererseits handelt der Verletzer in dem Bewußtsein, daß er dem zu Verletzenden nichts Unerwünschtes antut. Dies ist wichtig, da die Rechtfertigung des Verletzers auch seine innere Einstellung umfassen muß.

---

[64] Selbst das „positive" Recht vermochte ja ohne den Maßstab der guten Sitten nicht auszukommen und hat damit ein Zugeständnis an die wertende Rechtsweisheit machen müssen, wodurch allerdings, zum Trost für den Positivisten, die guten Sitten selbst angeblich zu einem positiven Rechtsbegriff gemacht waren

Die private Seite allein entscheidet aber noch nicht zugunsten der Wirksamkeit der Einwilligung. Ein Werturteil in diesem Sinn kann erst gefällt werden, wenn die Gemeinschaft nicht in friedenstörender Weise durch die Verletzung getroffen wird. Wir müssen also weiter forschen: Ist der Verletzte in der Erfüllung seiner gliedschaftlichen Aufgaben und Pflichten durch die körperliche Verletzung nicht beeinträchtigt? Wo das zu bejahen ist, bleibt die Verletzung trotz Einwilligung widerrechtlich. Einen gesetzlichen Niederschlag dieses Gedankens finden wir in § 142 StGB: die Verstümmelung, die den Verletzten wehruntauglich macht, ist immer rechtswidrig. — Stellen wir den Verletzten hinein in seinen Beruf. Die Einwilligung müssen wir für unwirksam halten, wenn der Verletzte hier, sei es auch nur vorübergehend, seine Gemeinschaftsleistungen nicht voll erbringen kann. Wer nicht im Berufsleben steht, hat seine Aufgaben vielleicht in engeren Gemeinschaften, etwa die Mutter in der Familie. In eine Verletzung, die sie nachher ihren Pflichten nicht voll nachkommen läßt, kann sie wirksam nicht einwilligen. Beim Jugendlichen ist die Verletzung, die ihn in der Ausbildung von Körper und Geist hindert, auf alle Fälle rechtswidrig. Mezger kommt, von der „Zuteilung des verletzten Rechtsguts an die Allgemeinheit" ausgehend [65], zu einem ähnlichen Ergebnis: die Einwilligung sei dort unwirksam, wo durch die Tat der Verletzte in erheblicher Weise in der Erfüllung seiner sozialen Aufgaben beeinträchtigt werde. Wir gehen insofern weiter, als der Einzelwille vor jeder, nicht nur einer erheblichen Beeinträchtigung der Gemeinschaft zu weichen hat [66] Etwas für alle Fälle Gültiges über die Wirksamkeit der Einwilligung läßt sich daher im Voraus nicht festlegen — die Sucht nach einer allgemeingültigen Patentlösung hat die Einwilligungslehre auf unfruchtbare Irrwege geleitet —, immer ist die konkrete Stellung des Verletzten in Gemeinschaften für die Wirksamkeit seiner Einwilligung zu beachten. Die Schwere der Verletzung kommt erstlinig nicht in Betracht, wirkt sich aber in der wohl immer mit ihr verbundenen Hemmung der Arbeits- oder Wehrkraft als Einwilligungsschranke aus. *Je mehr einer mit Gemeinschaftsstellungen verwachsen ist, desto mehr ist die Wirksamkeit seiner Einwilligung in Frage gestellt.* Ein alleinstehender Rentner kann weitgehender wirksam in Verletzungen einwilligen als ein im Erwerbsleben stehender Familienvater.

---

[65] Ger.S. 89, S. 273; Lehrbuch S. 216.

[66] Zu weitgehend Erik Wolf, Krisis und Neubau der Strafrechtsform S. 38, die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund müsse verschwinden, weil sie ein ausgeprägt individualistischer Gedanke sei. Der Vorrang der Gemeinschaft vor dem einzelnen schließt nicht aus, diesem da volle Freiheit zu lassen, wo die Gemeinschaft nicht berührt wird.

Wir sind uns bewußt, den Begriff der Gliedstellung in einem etwas anderen Sinne verwertet zu haben, als er den Schöpfern dieses Begriffs, den Kieler Rechtslehrern, vorschwebt. Diese führen den Begriff „Gliedstellung" ein im Kampf gegen das subjektive Recht [67]. Das subjektive Recht, der „zentrale Begriff des Privatrechts" [68], führte zu einer Spaltung der Rechtsverhältnisse in Rechte auf der einen, Pflichten auf der andern Seite. Durch den Begriff der Gliedstellung oder Rechtsstellung soll wieder „die Einheit von Pflicht und rechtlich gebundener Macht" [69] gedacht werden können. Jede Berechtigung ist darnach zugleich von der Pflichtenseite aus konkret gestaltet. Was uns an dem Begriff der Gliedstellung wesentlich erscheint, ist die besondere Anschauung der Wirklichkeit, die er vermittelt, nämlich den Menschen nicht als eine Einzelperson, sondern als Gliedpersönlichkeit zu sehen, gerade das Eingebettetsein in eine Gemeinschaft als Regellage zu betrachten. Die Gliedstellung bedeutet nicht bloß Ausgestaltung eines einzelnen Gliedverhältnisses, etwa der Beziehungen zwischen Eltern und Kindern, des Bauern zu seiner Familie und seinem Hof. Sie räumt auf mit der Vorstellung, das Recht müsse dem einzelnen ein Feld freier Betätigung schaffen, und zeigt uns, daß überall dort Unrecht getan wird, wo Gemeinschaftsordnungen in ihrer Auswirkung gehindert werden.

Die Gemeinschaftsstellung entscheidet allein noch nicht über die Wirksamkeit der Einwilligung. Mag der Verletzte die Verletzung nicht als Bruch der Gemeinschaftsordnung empfinden, mag er auch in der Erfüllung seiner gliedschaftlichen Aufgaben nicht behindert sein, so kann die Verletzung gleichwohl nach Beweggrund und Zweck den die Gemeinschaftsordnung tragenden sittlichen Anschauungen zuwiderlaufen und deshalb für rechtswidrig befunden werden. Schon Traeger hat den Zweckgedanken zur Lösung der Einwilligungsfrage herangezogen und gesagt [70]: „Der sittlich nicht verwerfliche Zweck bewirkt, daß die dem Zweck entsprechende Körperverletzung, in die der Verletzte eingewilligt hat, nicht als eine den guten Sitten widerstreitende anzusehen ist, und damit entfällt jedes Interesse der Allgemeinheit [71], die mit Zustimmung des Verletzten geschehene Körperverletzung als rechtswidrige zu behandeln". Wenn ein Sadist einen masochistisch Veranlagten am Körper verletzt, so empfinden die beiden keinen Bruch des Gemeinschaftsfriedens, und der Masochist kann vielleicht seinen Gemeinschaftspflichten im übrigen voll nachkom-

[67] Vgl. Deutsche Rechtswissenschaft 1936, Heft 1.
[68] v. Tuhr, a. a. O. S. 53.
[69] Larenz, Gemeinschaft und Rechtsstellung, a. a. O. S. 37.
[70] Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafgesetzbuch, Ger.S. 94, S. 112 ff. (S. 123).
[71] Wir würden sagen: es stünde nicht in Einklang mit der Gemeinschaftsordnung . . .

men. Ist die Tat deshalb für die Gemeinschaft gleichgültig? Wer krankhaften Veranlagungen im Zusammenwirken mit einem Genossen nachgibt, stellt sich damit außerhalb der Lebensordnung der Gemeinschaft; deren Anschauungen widerspricht es, wenn zwei ihrer Glieder sich zu sadistisch-masochistischer Betätigung zusammentun. Der Beweggrund eines solchen Verhaltens erscheint gemeinschaftswidrig. Noch klarer wird die Verletzung der Gemeinschaft, wenn die sadistische Körperverletzung die Absicht der Unzucht verfolgt. Der gemeinschaftswidrige Zweck macht hier die Tat trotz Einwilligung verwerflich. Das Reichsgericht hat diesen Fall entschieden [72], im Ergebnis mit uns übereinstimmend, jedoch mit der Begründung, die Einwilligung des Verletzten sei unerheblich, weil die Betätigung seines Willens gegen die guten Sitten verstoßen habe, vom Rechte deshalb nicht anerkannt werde. Das Reichsgericht hebt in diesem Fall noch auf die Wertung der Willensbetätigung ab, während inzwischen schon durch § 226 a StGB ausgesprochen ist, daß es auf das Werturteil über die Tat, die Körperverletzung, ankommt.

Es ist somit zu beachten, daß die rechtswidrige Körperverletzung nicht nur materiell, durch Störung des Gemeinschaftsfriedens, oder im Hinblick auf die Gliedstellung des einzelnen, sondern immer auch ideell, durch Verletzung sittlicher Anschauungen, im Hinblick auf Beweggründe und Zweck der Körperverletzung, die Gemeinschaft verletzen kann und deshalb trotz Einwilligung als rechtswidrig zu verwerfen ist. Ohne das sittliche Unwerturteil ist die Rechtswidrigkeit gar nicht zu denken. Erst wenn die Körperverletzung des Einwilligenden vor diesem Forum besteht, ist die Wirksamkeit der Einwilligung in bejahendem Sinne entschieden. Eine Verletzung kann, trotzdem sie andere Gemeinschaftsglieder in nachteilige Folgen mithereinzieht, als ein sittlich hochstehendes Opfer des einwilligenden Verletzten erscheinen, die Verletzung deshalb niemals unrecht sein. Der Arzt, der jemanden mit seiner Einwilligung ein größeres Stück Gewebe herausschneidet, um es auf einen andern zu dessen Lebensrettung zu überpflanzen, begeht keine rechtswidrige Körperverletzung an dem Einwilligenden, mag dieser dadurch in der Erfüllung gliedschaftlicher Pflichten eine Zeitlang behindert sein. Allerdings darf der Arzt kein größeres Stück herausschneiden, als er es für die Heilung des andern braucht.

Ist nun das, was wir über die Einwilligung und ihre Wirksamkeit ausgeführt haben, bereits im geltenden Recht oder erst de lege ferenda zu verwirklichen? Wir haben aufzuzeigen versucht, daß die frühere Rechtslehre, um keine Werturteile abgeben zu müssen, die Wirksamkeit der Einwilligung möglichst auf begriffsmechanischem Wege zu erklären strebte, und daß diese wertungslose Art der Rechts-

[72] RG J. W. 1928, S. 2229 ff.

findung durch den Kampf verschiedenster Welt- und Rechtsanschauungen gegeneinander im liberalistischen Staat bedingt war. Es ist klar, daß diese weltanschaulichen Grundlagen der alten Lehre durch den Sieg der nationalsozialistischen Weltanschauung beseitigt sind. Zudem fordert die ins Strafgesetzbuch neu eingefügte Vorschrift, welche die Wirksamkeit der Einwilligung davon abhängig macht, daß die Tat mit den guten Sitten in Einklang steht, zur Verwirklichung zeitgemäßer Rechtsanschauungen geradezu heraus. Sie macht es unmöglich, sich um das Werturteil über die Tat durch mechanisch wirkende Rechtskonstruktionen herumzudrücken. Werten kann man eine Tat nur, wenn man sie nach einem Höchstwert messen kann. Diesen Höchstwert bildet für das Recht die Gemeinschaft. Wir müssen also schon nach „positivem" Recht prüfen, ob der einwilligende Verletzte durch die Körperverletzung in der Erfüllung seiner Pflichten gegen die Volksgemeinschaft und engere Gemeinschaften beeinträchtigt ist oder nicht. Es wäre zu wünschen, daß im neuen Strafgesetzbuch (wie auch für das Bürgerliche Recht, falls dort eine entsprechende Vorschrift über Körperverletzung mit Einwilligung eingefügt würde) der Begriff der guten Sitten durch diese anschaulichere Umschreibung ersetzt würde, wie Klee[73] richtig bemerkt. Weiter aber muß die Verletzung, die auf ihre Vereinbarkeit mit den guten Sitten geprüft werden soll, mit den Beweggründen und Absichten des Verletzenden und des Einwilligenden in Zusammenhang gebracht werden. Damit verwirklicht sich auch die weitere Forderung zeitgemäßen Rechtsdenkens, die Trennung von Recht und Sittlichkeit zu überwinden und die Sittlichkeit wieder im Rechte, nicht außerhalb von ihm zu sehen.

Ganz allgemein ist zu sagen: Der Unterschied zwischen Lex lata und Lex ferenda hat durch die Ueberwindung des Gesetzespositivismus an Schärfe viel eingebüßt. Früher glaubte man, Recht und Gesetz gingen ineinander auf und setzte beide gleich. Dadurch war man gezwungen, das Gesetz nur aus sich selbst auszulegen. Die Rechtsentwicklung blieb so lange ein frommer Wunsch, eine lex ferenda, bis das Gesetz selbst geändert, aus der lex ferenda eine lex lata geworden war. Man hat heute erkannt, daß das Recht nicht erst von einem Gesetzgeber herstammt, sondern „in jeder Gemeinschaft von Menschen als naturgegebene Tatsache vorhanden" ist, „weil eben eine solche Gemeinschaft ohne irgendwie geregelte Beziehungen der Menschen untereinander gar nicht gedacht werden kann"[74]. Deshalb schreitet das Recht fort mit der Lebensentwicklung der Gemeinschaft. Gesetze können die Rechtsentwicklung nie hemmen. Da es Aufgabe des Richters ist, nicht Gesetze, sondern das Recht zu ver-

[73] bei Gürtner, Das kommende Deutsche Strafrecht, Allg. T. S. 89.

[74] Nicolai, Die rassengesetzl. Rechtslehre, S. 27.

wirklichen, so muß er gegebenenfalls ein Gesetz unberücksichtigt lassen, auch wenn es äußerlich noch nicht aufgehoben ist[75]. Von einer lex ferenda zu sprechen erscheint nur noch da sinnvoll, wo es sich um die zweckmäßige Durchsetzung des Rechts oder um zweckbestimmte Ordnungsvorschriften handelt. Wenn heute im Strafrecht der Satz nulla poena sine lege aufgehoben ist, und statt seiner der Grundsatz gilt: nullum crimen sine poena, so ist damit die immer wieder neue Rechtsanschauung gleichzeitig sozusagen zur lex lata erhoben.

§ 6.

Einzelfragen zur Wirksamkeit der Einwilligung.

Die Loslösung der Einwilligung von einer wirklichkeitsfernen Bestimmung ihrer Rechtsnatur stellt auch die näheren Einzelfragen nach dem Alter des Einwilligenden, der Stellvertretung, Erklärung oder Willensrichtung, nach den Willensmängeln und der Einwilligung in fahrlässige Verletzung erneut zur Erörterung.

I. Das Alter des Einwilligenden.

Die Vertreter der Rechtsgeschäftstheorie können die Altersvoraussetzungen einer wirksamen Einwilligung leicht bestimmen: erforderlich ist volle Geschäftsfähigkeit, da die Einwilligung nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil gewährt, vgl. § 107 BGB. Die Strafrechtslehre, welche die Rechtsgeschäftsnatur der Einwilligung verwarf, mußte nach andern Anhaltspunkten suchen. Die Antragsbefugnis steht dem Verletzten mit vollendetem 18. Lebensjahre zu (§ 65 StGB); eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf das Einwilligungsalter schlug Gerland vor[76]. Honig beobachtete, wie bei den Sittlichkeitsverbrechen die Einwilligung der Jugendlichen schon mit 14 Jahren folgenändernd eingreift[77]: unzüchtige Handlungen an einem Mädchen über 14 Jahren werden nur dann als Unzucht bestraft, wenn sie wider deren Willen vorgenommen sind (§ 176 Ziff. 1 in Verb. mit Ziff. 3 StGB), ebenso die Verführung einer Sechzehnjährigen (§ 182 StGB). Er glaubt, daß das vollendete 18. Lebensjahr stets für die Wirksamkeit der Einwilligung genüge, während die Einwilligung eines Kindes unter 14 Jahren stets unbeachtlich sei. In der Zwischenstufe soll die Wirksamkeit der Einwilligung von der Einsicht des Einwilligenden in die Tragweite der Verletzung abhängig sein. In ähnlichem Sinne prüfen die Straf-

---

[75] Vgl. dazu Freisler, Recht und Gesetzgeber, D. J. 1936, S. 153/6.

[76] V. D. Allg. T. II, a. a. O. S. 504 ff., S. 528.

[77] a. a. S. 167/68.

senate des Reichsgerichts [78], ob der Verletzte die nötige Urteilsfähigkeit hat, um sich über die Bedeutung der Verletzung im Klaren zu sein.

Sicher ist soviel, daß die Antragsmündigkeit uns nicht die Richtung für das Einwilligungsalter weisen kann, denn es handelt sich beim Antrag um eine rein strafverfahrensrechtliche Gestaltungsmöglichkeit [79]. Im Strafmündigkeitsalter ist die Zurechnungsfähigkeit eingeschlossen, ein ebenfalls sachlich fremder Gesichtspunkt. Die Einwilligung bei den Sittlichkeitsverbrechen hebt deren sittliche Verwerflichkeit nicht auf; nach unserer Ansicht beseitigt sie nur die Strafwürdigkeit dieser Handlungen aus rechtszweckmäßigen Erwägungen, so daß auch hieraus keine Anhaltspunkte zu gewinnen sind.

Die rechtfertigende Kraft der Einwilligung liegt, wie wir gesehen haben, darin, daß sie die Erwünschtheit oder Gleichgültigkeit des Einwilligenden gegenüber der Verletzung anzeigt und damit bekundet, daß die Verletzung keine Friedensstörung zwischen den Beteiligten hervorruft. Der Einwilligende wächst über das Unangenehme, über das Schmerzhafte der Körperverletzung hinaus und vermag in ihr die Verwirklichung eines vernünftigen höheren Zwecks zu erkennen. Dessen ist das Kind noch nicht fähig. Bei ihm überwiegt das Empfinden für das Schmerzhafte, deshalb wehrt es sich gegen Verletzungen und wird in solche von sich aus schwerlich einwilligen. Erst wenn es in der Lage ist, über die Schmerzen hinaus zur Einsicht eines bestimmten vernünftigen Zwecks der Schmerzzufügung zu gelangen — z. B. der Bub, der seine Härte gegenüber Schlägen unter Beweis stellen will — wird es seine Einwilligung in Körperverletzung erteilen. Der vernünftige, vom Kinde oder Jugendlichen erkannte Zweck muß aber gerade in der Verletzung begründet liegen. Wird das Kind durch die Aussicht auf eine Belohnung zu einer Einwilligungserklärung verleitet, so wäre der Zweck, diese Belohnung zu erlangen, kein der Verletzung wesenseigener; eine echte Einwilligung läge nicht vor, deshalb könnte ihr auch keine rechtfertigende Kraft beigemessen werden. Wenn man also die Einwilligung nicht zu einer blassen Willenserklärung stempelt, sondern ihr den Wirklichkeitsgehalt beläßt, so erkennt man, daß die Einwilligung in Körperverletzung eine Ueberwindung kostet und deshalb einen gewissen Grad von Reife voraussetzt. Er wird etwa um das 14. Lebensjahr herum erreicht sein: doch besteht kein Bedürfnis, eine starre Schutzaltersgrenze zu ziehen. Einerseits diente diese eher einer Berechenbarkeit einer Entscheidung als einer wirklichkeitsgemäßen Wertung [80]; andererseits deutet schon die Tatsache der Einwilligung in Verletzung

[78] RGSt. 41, S. 392 (394): 60, 34; Lobe, Leipz. Komm., Einführung, S. 45.

[79] Frank, Strafgesetzbuch, § 61, II.

[80] Es wird nicht verkannt, daß bei der Geschäftsfähigkeit und der Strafmündigkeit ohne klare Altersgrenzen in der Praxis bei der großen Zahl der sie betreffenden Fälle nicht auszukommen ist.

auf eine gewisse reifere Altersentwicklung hin. In der Natur der Einwilligung liegt gewissermaßen ein Selbstschutz des Minderjährigen begründet. Im übrigen sind Einwilligungen Minderjähriger in Körperverletzung — wenn man die Einwilligung in unserem Sinne versteht — so selten, daß der Richter die Einsichts- und Selbstüberwindungskraft des Einwilligenden von Fall zu Fall nachprüfen kann, ohne daß der Geschäftsgang dadurch eine Hemmung erfahren würde. Man muß bedenken, daß der hier verstandenen Einwilligung ein wesentlich kleinerer Anwendungsbereich zukommt als in der bisherigen Lehre und Rechtsprechung. Das Gemeinschafts- und Sittengebot ergänzen den von Natur vorhandenen Einwilligungsschutz des Minderjährigen in ausreichendem Maße.

II. Stellvertretung.

Die Stellvertretung ist ein Mittel rechtsgeschäftlicher Rechtsgestaltung. Mit ihm überwindet man Schranken der eigenen Willenserklärungsfähigkeit, welche willensunfähige Zustände und die mangelnde Allgegenwart um uns aufrichten. Vertretung des Abwesenden kommt bei der Einwilligung des körperlich Verletzten nicht in Betracht, denn eine Körperverletzung ist ja nur in Anwesenheit des Verletzten denkbar; Abwesenheitsvertretungen machen die typischen Fälle gewillkürter Stellvertretung aus. Aber auch die gesetzliche Stellvertretung für Willensunfähige paßt nicht auf die Einwilligung in Körperverletzung, denn sie erweckt die Vorstellung, als ob die Einwilligung ein Rechtsgeschäft wäre. Vertreten wird man im Rechtsverkehr bei der Abgabe rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen. Die Erklärung des Vertreters schafft Rechtswirkungen, Veränderungen in der Rechtswelt des Vertretenen oder — bei mittelbarer Vertretung — zunächst in der Person des Vertreters selbst und in der Rechtswelt des Empfängers der Erklärung. Beides haben wir ja für die Einwilligung in Körperverletzung abgelehnt. Die Frage der Stellvertretung kann also bei der richtig verstandenen Einwilligung gar nicht auftauchen[81]. Der vielfach genannte Beispielfall, in welchem der Vater in die Operation seines Kindes einwilligt, wird auf anderem Wege durch wertendes Rechtsdenken gelöst (unten § 9). Gleichwohl kann etwa der Vater in die Verletzung seines Kindes oder der Vormund in die Verletzung seines Mündels einwilligen. Das sind Auswirkungen der elterlichen Gewalt, bzw. der vormundschaftlichen Gewalt. Vater und Vormund haben eine Stellung in Gemeinschaften, kraft deren sie für das leibliche und seelische Wohl des ihnen anvertrauten Gemeinschaftsgliedes zu sorgen haben (§ 1627,

[81] Honig a. a. O. S. 169/70 läßt gesetzliche Stellvertretung ausdrücklich auch in den Fällen zu, in denen die Einwilligung ihrer Natur nach kein Rechtsgeschäft ist. Mezger lehnt ab: Ger.S. 89, S. 271, Lehrbuch § 28, II, 2 S. 211.

§ 1793 BGB). Die Einwilligung in die Verletzung des Kindes oder Mündels kann in einem besonders gelagerten Fall eine fürsorgende und erzieherische Tätigkeit bedeuten. Nie aber wird die Einwilligung in Körperverletzung „in Vertretung" des Kindes oder Mündels erteilt.

III. Der Streit zwischen Erklärungs- und Willensrichtungstheorie.

In der Lehre herrscht Unklarheit darüber, ob die Einwilligung dem Verletzenden erklärt werden müsse, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, oder ob die bloße Willensrichtung des Einwilligenden genüge, die Widerrechtlichkeit der Körperverletzung aufzuheben. Als Rechtsgeschäft aufgefaßt muß die Einwilligung in Form einer zumindest stillschweigenden Erklärung in die Außenwelt gedrungen sein [82]. Erklärt man die rechtfertigende Kraft der Einwilligung durch das mangelnde Interesse, das sie bedinge, so muß man sich folgerichtig der Willensrichtungstheorie anschließen [83]; denn ob das mangelnde Interesse zum Ausdruck gebracht ist, kann ja für den materiellen Unrechtsgehalt nichts bedeuten; schon die Willens*richtung*, das mangelnde Interesse, nimmt dem Angriff sein Objekt. Welcher äußeren Gestalt bedarf die Einwilligung als eine Friedenskraft? Zunächst könnte man denken, daß auch bei unserer Auffassung der Einwilligung die Willensrichtung ausschlaggebend sei. Denn wem die Verletzung gleichgültig oder gar erwünscht ist, empfindet bei ihr ja keinen Bruch der Gemeinschaft. So entspräche es mechanischem Rechtsdenken. Damit wäre aber verkannt, daß die wirksame Einwilligung das Werturteil über die Verletzung und damit auch den Verletzer umbildet. Solange der Täter von der Einwilligung des zu Verletzenden nichts weiß, stellt die Tat für ihn nach Wille und Vorstellung ein gemeinschaftswidriges Verhalten gegenüber dem Verletzten dar. Durch die Einwilligung treten beide in ein engeres Verhältnis und begründen gewissermaßen eine kleine Sonderordnung unter sich, in der der eine dem andern eine bestimmte Verletzung gestattet. Dies ist nur möglich, wenn die Einwilligung erklärt wird und zur Kenntnis des Verletzenden gelangt. Freilich kann die Erklärung stillschweigend kundgegeben werden, etwa dadurch, daß man sich die Verletzung ohne irgend welchen körperlichen oder seelischen Zwang widerspruchslos gefallen läßt oder gar dazu behilflich ist. Irgendwie muß eben die Einwilligung aus dem Wirkungskreis des Verletzten in das Bewußtsein des Verletzenden gelangt sein [84]. Es erhellt daraus

---

[82] Zitelmann a. a. O. S. 62.

[83] so Binding, Handbuch I, S. 715; Mezger, Ger.S. 89, S. 277 ff., Lehrbuch, S. 209.

[84] Ueber den Streit der Meinungen hierüber vgl. Honig a. a. O. S. 153 bis 158. Honig selbst stellt auf den einzelnen Fall ab.

auch, daß die Einwilligung vor der Tat erteilt sein und im Zeitpunkt der Handlung andauern muß. Nachträgliche Genehmigung kann die Widerrechtlichkeit einer Verletzung nicht beseitigen. Dies ist bisher schon herrschende Meinung [85].

Der zu Verletzende kann seine Einwilligung jederzeit widerrufen [86], was nach Ablehnung der Rechtsgeschäftstheorie unbedenklich erscheint. Der Widerruf muß, wie die Einwilligung, zur Kenntnis des Täters gelangt sein. Die irrtümliche Annahme des Täters, die Einwilligung liege vor, heilt die Rechtswidrigkeit der Verletzung nicht. Denn die Verletzung wird als Bruch der allgemeinen Friedensordnung empfunden. Eine irrtümlich angenommene Einwilligung ist eben keine Einwilligung. Dasselbe gilt, wenn der Verletzer eine unwirksame Einwilligung fälschlicherweise für wirksam gehalten hat. Wieweit der Irrtum die Schuld des Verletzers und damit seine Strafbarkeit mindert, ist hier nicht zu erörtern.

IV. Willensmängel des Einwilligenden.

Auf die Behandlung der Willensmängel hat das Bürgerliche Recht stark abgefärbt, namentlich, soweit die Erklärungstheorie herrschend war. Auch wenn man die Rechtsgeschäftsnatur ablehnte und sich damit eine unmittelbare Anwendung der bürgerlichrechtlichen Regelung im Gebiet der Willensmängel verbot, so wurden diese Vorschriften nach Rechtsähnlichkeitsschluß gleichwohl beigezogen. Dies wäre berechtigt, wenn der Kern für die Wirksamkeit der Einwilligung in der Aeußerung des Willens läge. Gewiß gibt der Wille des Einwilligenden den Anstoß zur Umwertung der Verletzung, aber nicht irgend etwas Gewolltes erschließt die Rechtfertigung, sondern die Friedensschöpfung gibt den Grund für die Rechtmäßigkeit der Verletzung ab. Nicht Willensmängel als solche sind beachtlich. Die Wertung beeinflußt nur der Mangel des Willens, der zum Friedensmangel führt. Unser altes Erkenntnismittel muß hier wieder angewandt werden, nämlich die Ueberlegung: Ist die Verletzung dem Verletzten erwünscht oder gleichgültig? Die Bejahung dieser Frage zeigt allein die echte Einwilligung an. Eine durch Täuschung oder gar Drohung erlangte Einwilligung ist deshalb unwirksam. Sie ist keine echte Einwilligung. Bei der Drohung möchte der Verletzte im Grunde seines Herzens lieber unverletzt bleiben, auch wenn er die Verletzung in einer Zwangslage einem in Aussicht gestellten anderweitigen Uebel vorzieht; die Drohung hat dabei einen viel weiteren Umfang als etwa in § 123 BGB; es kann irgend eine Unannehmlichkeit in Aussicht gestellt werden; widerrechtlich muß

[85] Zitelmann a. a. O. S. 100; Mezger, Lehrbuch S. 212; Traeger a. a. O. S. 134.

[86] Mezger, Lehrbuch S. 212; Traeger a. a. O. S. 137.

die Drohung nicht sein; denn die durch irgend eine drohende Unannehmlichkeit erlangte Einwilligung entkleidet die Verletzung nicht ihres friedenstörenden Charakters. Eine auf Täuschung beruhende Einwilligung deckt die nachherigen Folgen gar nicht. Die verletzende Handlung, in die eingewilligt wird, umfaßt auch die innere Seite des Täters. Täuscht dieser den andern über seine wahren Schädigungsabsichten, so fehlt es ebenfalls an einer echten Einwilligung. In ähnlicher Weise ist der Irrtum des Einwilligenden vom Friedensgedanken her zu beurteilen. Der Irrtum kann auftreten als eine Art Erklärungsirrtum: der Irrende will gar keine Einwilligung geben und täuscht sich darüber, daß sein Verhalten als Einwilligung aufzufassen ist. Hier hat der Verletzte jedenfalls nicht eingewilligt, er empfindet seine Verletzung als Friedensbruch, diese ist und bleibt rechtswidrig. Am Werturteil ändert sich nichts, mögen auch die den Rechtsbrecher treffenden Folgen gemildert werden. Der Irrtum kann sich aber auch auf die Art der Verletzungshandlung oder auf ihren Erfolg beziehen. Wer seinen Körper zu einem anatomischen Versuch zur Verfügung stellt,, glaubt vielleicht, die Verletzung werde durch örtliche Betäubung schmerzlos ausgeführt; der Schnitt wird dann ohne Betäubung gemacht. Oder er glaubt, man mache einen ganz kurzen Schnitt, der nachher viel länger ausfällt. Auch hier bleibt das, was von der Einwilligung jeweils nicht umfaßt wird, rechtswidrig; im ersten Fall ist die Verletzung als Erfolg zwar nicht rechtswidrig, aber die schmerzhafte Art ihrer Vornahme, strafrechtlich eine „Mißhandlung"; im zweiten Fall ist die Handlung als Ganzes rechtswidrig. Bei der Festsetzung der nachteiligen Folgen für den Verletzer muß aber berücksichtigt werden, ob der Irrtum vom Einwilligenden selbst verschuldet ist oder ob er einem Verschulden des Verletzers, etwa seiner mangelhaften Aufklärung, zuzuschreiben ist.

Dem Irrtum des Einwilligenden entspricht immer ein Irrtum auf der Täterseite. Der Verletzende glaubt, seine Handlung sei in allen ihren Phasen durch die Einwilligung des Verletzten gedeckt, der Einwilligende irrt gerade darüber, daß die Verletzung so und nicht anders geschieht. Irrtümliche Annahme der Einwilligung durch den Täter und Irrtum des Einwilligenden über die Tat muß also für das Werturteil über die Verletzung das gleiche ausmachen. Es beweist die Richtigkeit der in beiden Fällen gewonnenen Ergebnisse, wenn diese sich gegenseitig bestätigen. Wir stimmen auch mit der Strafrechtslehre überein, welche der irrtümlichen Annahme von Unrechtsausschließungsgründen durch den Täter nur vorsatzausschließende, nicht dagegen unrechtsausschließende Wirkung beimißt[87].

Vom Irrtum zu unterscheiden ist die nachträgliche Reue des Einwilligenden. Dieser hat sich die Art der Verletzung und ihre Folgen

[87] Statt aller Mezger, Lehrbuch § 43, III, S. 321; RGSt. 60, S. 262 (irrtümliche Annahme einer Notwehrlage).

richtig vorgestellt und daraufhin die Einwilligung gegeben. Hinterher reut es ihn aber, daß er sich hat verletzen lassen. Die nachträgliche Willensänderung vermag die bereits vollzogene Verletzung nicht zu einer rechtswidrigen umzustempeln, wie ja auch die nachträgliche Einwilligung (Genehmigung) die Rechtswidrigkeit der geschehenen Verletzung nicht aufhebt. Der Verletzte muß also die Verletzung, die er nachträglich nicht mehr haben will, allein tragen. Der seelische Umschwung im Verletzten berührt die Gemeinschaftsordnung nicht.

V. Die Einwilligung in fahrlässige Verletzung.

Die im Schrifttum bestrittene Frage, ob auch fahrlässige Körperverletzung durch Einwilligung des Verletzten gerechtfertigt sein könne, wird an Hand nachstehender Fälle[88] verbildlicht: ein Kunstschütze ahmt den Tellschuß bei seinem Gehilfen nach, oder er schießt auf eine Spielkarte, die sein Gehilfe mit ausgestrecktem Arm in der Hand hält. Oder es hält jemand bei einem chemischen Versuch seinem Freunde eine Retorte, obwohl er weiß, daß das Glas zerspringen und ihn dabei verletzen kann. Durch eine Unvorsichtigkeit des Kunstschützen bzw. Chemikers werden die Betreffenden verletzt. Während etwa Gerland und M. E. Mayer[89] bezweifeln, ob der Verletzer sich auf die Einwilligung der Verletzten berufen könne, hält Honig[90] es für möglich, daß die Einwilligung sich auch auf einen Erfolg beziehe, den der Täter zwar nicht herbeiführen wolle, wohl aber in Verfolg seiner Handlung fahrlässigerweise bewirke. Neuerdings wird die Gefälligkeitsfahrt genannt: der unentgeltlich mitgenommene Fahrgast willige möglicherweise in eine Verletzung ein, die er durch einen fahrlässig herbeigeführten Unfall des Fahrers erleide[91] Wenn wir nun prüfen, ob in den genannten Beispielen der Verletzte tatsächlich seine Einwilligung in die Verletzung gegeben hat, ob ihm also die Verletzung erwünscht oder gleichgültig war, dann stellt sich heraus, daß in keinem der Fälle der Verletzte wirklich eingewilligt hat. Die Haftung kann allerdings ausgeschlossen sein, weil der Verletzte die Gefahr auf sich genommen hat. Das hat aber mit Einwilligung in Verletzung nichts gemein. (Vgl. unten § 15.) Dem Werturteil nach bleibt die Verletzung gleich eingeschätzt. Die Einwilligung in fahrlässige Verletzung ist juristische Konstruktion, keine Wirklichkeit.

---

[88] Honig a. a. O. S. 174/75.

[89] Gerland, Die Selbstverletzung . . . V. D. Allg. T. Bd. II, S. 492, Anmerkung 5; M. E. Mayer, Der Allg. Teil des Deutschen Strafrechts, S. 291, Anmerkung 15.

[90] a. a. O. S. 175. Ebenso Allfeld a. a. O. S. 141. Dort unter Anm. 35 weiteres Schrifttum angeführt.

[91] RGZ 141, S. 262 (265).

§ 7.

Einwilligung und Schadensersatz.

Bei wirksamer Einwilligung ist die Körperverletzung nichts rechtswidriges. Die Gemeinschaftsordnung hat daher keine Veranlassung, einen Schadensausgleich durchzusetzen, § 823 BGB kommt nicht zur Anwendung.

Schwierigkeiten tauchen erst auf, wenn die Einwilligung die Körperverletzung nach Art oder Umfang nur teilweise umfaßt. Wir haben schon das Beispiel der Verletzung ohne Betäubung genannt; rechtswidrig blieb das Zufügen von Schmerzen, weil darin nicht eingewilligt war. Die Verletzung des Körpers als solche war dagegen infolge Einwilligung rechtmäßig. Nun kann man ja nach § 847 I BGB auch für erlittene Schmerzen eine billige Entschädigung in Geld verlangen. Muß dem Verletzten deshalb auf Klage hin ein Schmerzensgeld zugesprochen werden? Die Frage ist zu verneinen. Der Anspruch auf Schmerzensgeld besteht „im Falle der Verletzung des Körpers". Gemeint ist natürlich eine widerrechtliche Verletzung und zwar bedeutet Körperverletzung im Bürgerlichen Recht eine Verletzung des Gewebes, anders als im Strafrecht, das der Körperverletzung den Begriff der Mißhandlung gleichstellt (§ 223 StGB). Die Gewebeverletzung ist aber durch Einwilligung gerechtfertigt. Uebrig bleibt demnach nur eine „Mißhandlung", die für sich allein keinen Schadensersatzanspruch wegen der ausgestandenen Schmerzen begründet.

Ein anderer Sonderfall: Die an sich geringfügige Verletzung hat eine Blutvergiftung im Gefolge, die eine längere kostspielige Krankenhausbehandlung nötig macht. Muß der Verletzte den Schaden selbst tragen? Es kommt darauf an, wem diese schweren Folgen zuzurechnen sind. Hat der Verletzer ein unsauberes Messer benützt, so schließt Irrtum des Verletzten seine Einwilligung insoweit aus, denn in Verletzung mit einem unreinen Messer und in das Einführen von Schmutzkörpern oder Krankheitsbazillen in die Wunde hat er nicht eingewilligt. In dieser Beziehung ist die Verletzung rechtswidrig, sie verpflichtet den Verletzer zum Schadensersatz. Ist dagegen die Blutvergiftung auf die schlechte Blutzusammensetzung oder auf eigene Unreinlichkeit des Verletzten zurückzuführen, dann hat sie mit der Handlung des Verletzers keinen rechtlich zu beachtenden Zusammenhang, der Verletzer bleibt gerechtfertigt und deshalb frei von Ersatzpflichten.

Ersatzansprüche mittelbar Geschädigter kennt das BGB bei Körperverletzung nur in einem Fall, § 845: War der Verletzte kraft Gesetzes einem Dritten zu Diensten verpflichtet, so kann dieser, also der Ehemann bei Verletzung der Ehefrau, die Eltern bei Verletzung der Kinder (§§ 1356 II, 1617 BGB) wegen der ihnen entgehenden

Dienste Ersatz in Gestalt einer Geldrente verlangen. Welches ist nun das Schicksal dieses Ersatzanspruchs bei Einwilligung des Verletzten? Der bisher übliche mechanische Weg der Entscheidung war folgender: Die Einwilligung hob die Widerrechtlichkeit der Verletzung auf, eine unerlaubte Handlung war also nicht vorhanden, den Drittgeschädigten damit die Grundlage ihrer Ersatzansprüche genommen. Das Ergebnis war meist unbillig. Bei unserer Darstellung der Einwilligung kann die Frage nach den Entschädigungsansprüchen Dritter eigentlich gar nicht mehr auftauchen, denn sie ist nicht erst eine Frage des Schadensausgleichs, sondern schon der Wirksamkeit der Einwilligung überhaupt. Wir sehen hier den unmittelbar Verletzten als Glied einer engeren Gemeinschaft, der Ehe oder Familie, innerhalb deren er dem Ehegatten oder den Eltern die Dienste zu leisten hat. Mindert die Verletzung die Leistungsfähigkeit des Verletzten, so daß „Dritte" geschädigt sind, so kann sie durch die Einwilligung des unmittelbar Verletzten niemals gerechtfertigt sein. Eine Einwilligung ist in solchem Fall unwirksam. Die Lösung des Drittschadensproblems ist vorverlegt in die Frage der Wirksamkeit der Einwilligung.

Stimmen die ersatzberechtigten Ehegatten und Eltern der Verletzung zu oder lassen sie die Einwilligung in erkennbarer Weise auch sich gegenüber gelten, so enthält die Verletzung auch für sie keine Störung des Gemeinschaftsfriedens. Dann kann auch der dienstverpflichtete Gatte oder das dienstverpflichtete Kind wirksam in seine Verletzung einwilligen.

Vertragen sich mit wirksamer Einwilligung Ersatzansprüche wegen der Verletzung? Es kommt z. B. vor, daß jemand in seine Verletzung zum Zweck eines medizinischen Versuchs einwilligt, sich jedoch eine bestimmte Summe „als Ersatz" ausbedingt. Dieser Ersatz kann als ein Honorar, als Gegenleistung seitens des Verletzenden gedacht sein und hat dann mit Schadensersatzansprüchen nichts zu tun. Der Einwilligende kann sich aber auch ausdrücklich vor etwaigen Heilungsunkosten sicher stellen lassen, so daß ihm je nachdem ein wirklicher Schadensersatzanspruch erwächst, obwohl die Verletzung zufolge Einwilligung nicht widerrechtlich ist! Grundlage eines solchen Ersatzanspruchs ist eben nicht das Recht der unerlaubten Handlungen, § 823 BGB, sondern die Vereinbarung zwischen Verletzer und Verletztem. Auf vertraglichem Wege ist es natürlich jederzeit möglich, auch Verletzungen ohne rechtswidrigen Charakter mit Schadensersatzfolgen auszustatten.

Es bleibt noch zu klären übrig, was aus den Schadensersatzansprüchen des Verletzten wird, wenn seine Einwilligung die Rechtswidrigkeit der Verletzung nicht ausschaltet. Zunächst scheinen der Tatbestand des § 823 BGB und damit die Ersatzansprüche des Verletzten wiederhergestellt zu sein. Doch will unser Gerechtigkeitsempfinden sich damit nicht zufrieden geben. Soll derjenige, der sich

durch Verstümmelung wehruntauglich hat machen lassen, an den Verletzer Schadensersatzansprüche stellen können? Andererseits möchten wir demjenigen, dem die Einwilligung durch Drohung abgenötigt worden ist, Schadensersatz zubilligen. In diesen scheinbaren Wirrwarr der Fälle bringen wir Ordnung, wenn wir die Gründe für die Unwirksamkeit der Einwilligung beachten. Sind diese in Willensmängeln des Einwilligenden zu suchen, so bleiben seine Ersatzansprüche erhalten, denn er hat ja eigentlich gar nicht eingewilligt; genau die Lebenslage, die § 823 BGB im Auge hat, ist gegeben. Für alle übrigen Fälle, in denen der Verletzte wirklich eingewilligt hat, die Verletzung aber gleichwohl der Gemeinschaftsordnung zuwiderläuft, paßt die Regelung des § 823 nicht, denn der Verletzte erscheint hier nicht immer der Ersatzansprüche voll würdig. Er würde dafür, daß er ein gemeinschaftswidriges Verhalten zuläßt, am Ende noch belohnt werden. Man kann nicht entgegenhalten, daß bei Wegfall der Haftung ja der Verletzer einen unberechtigten Vorteil habe; dieser muß seine Schuld an die Gemeinschaft durch eine Strafe abtragen, wenn die Tat wirklich einer Reaktion der Gemeinschaft bedarf (vgl. § 142 StGB). Der Wegfall der Haftung könnte sich aus einem Verzicht des Verletzten herleiten lassen. Wer erklärt, daß ihm die Verletzung gleichgültig oder gar erwünscht sei, der gibt damit kund, daß er keinen Schadensersatz von dem Verletzer verlangen will. Nun bezieht sich aber die Einwilligung immer auf vorsätzliche Verletzung (vgl. oben § 6 V.). Ein in der Einwilligung enthaltener Verzicht wäre gleichbedeutend einem Erlaß der Haftung wegen Vorsatzes im voraus. Ein solcher Erlaß ist nach ausdrücklicher Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, § 276 II, unzulässig. Der Vorausverzicht führt hier nicht zum Haftungsausschluß.

Rein tatsächlich gesehen bedeutet die Einwilligung ein Verhalten, das mit zur Verletzung geführt hat. Diese Beobachtung weist uns auf den Gedanken des mitwirkenden eigenen Verschuldens des Verletzten[92]. Nach § 254 BGB hängt die Ersatzpflicht des Verletzers sowie der Umfang des von ihm zu leistenden Ersatzes insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem andern Teile verursacht worden ist. Das Verschulden des Verletzten kann auch darin liegen, daß er es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden (Abs. 2). Es dürfte nun in der Wirklichkeit des Lebens die Regel bilden, daß der Täter nicht zur Verletzung geschritten wäre, hätte der Verletzte nicht eingewilligt. Erst auf die Einwilligung hin zerstreuten sich die Hemmungen des Verletzers. An der tätigen Mitverursachung des Schadens durch den Verletzten ist also kein Zweifel. Daß diese Mitverursachung auch eigens verschuldet ist, geht aus der Erwägung hervor, daß der Schaden bei

[92] Darauf weist auch Zitelmann hin, a. a. O. S. 64/65.

genügender Sorgfalt, d. h. einfach durch Verweigerung der Einwilligung, vom Verletzten selbst hätte abgewendet werden können. Der Richter, der nun die von beiden Seiten kommenden Ursachen abzuwägen hat, wird zunächst einmal feststellen müssen, bei welchem der Beteiligten der Gedanke an die Verletzung zuerst aufgetaucht ist, wer sozusagen den Stein ins Rollen gebracht hat. Dessen Konto wird eine nicht ganz unerhebliche Vorbelastung erleiden. Zu Lasten des Verletzten fällt die Einwilligung als die Voraussetzung, unter welcher der Verletzer tätig geworden ist. Dieser erhebliche Sollposten auf Seiten des Verletzten fiele allerdings dann wieder nahezu weg, wenn der Verletzer auch ohne Einwilligung gehandelt hätte, denn in solchem Falle wäre die Einwilligung mitursächlich höchstens insofern, als sie den Verletzer in seinem Vorsatz noch bestärkte. Regelmäßig aber wird die Einwilligung des Verletzten die conditio sine qua non der Verletzung bilden und deshalb als die überwiegende, weil bewegende Ursache anzusprechen sein. Der Schade wird deshalb häufig ungeteilt am Verletzten haften bleiben, doch hängt alles von den näheren Umständen des Einzelfalls ab. Wir gelangen so zu Entscheidungen, die der jeweiligen besonderen Lage angepaßt sind und deshalb auch als gerecht empfunden werden, ohne doch den Boden des Gesetzes verlassen zu müssen.

2. § 8.

Vom willensgebundenen Unrechtsausschluß zur konkreten Rechtsauswirkung.

Im Zusammenhang mit der Einwilligung in Körperverletzung werden im Schrifttum noch folgende Fälle erörtert: Ein Arzt operiert einen bewußtlosen Verunglückten; man verletzt einen Ertrinkenden, um ihn besser an Land bringen zu können; angemessene Züchtigung fremder unartiger Kinder. Unser Rechtsgefühl urteilt eindeutig: Die Verletzungen erscheinen nicht rechtswidrig; der Arzt, der Lebensretter, der Züchtigende handeln im Recht. Dieses gefühlsmäßig gewonnene Ergebnis bedarf aber der rechtlichen Grundlegung. Die Lehre darüber ist uneinheitlich. Bürgerliches Recht und Strafrecht marschieren getrennt. Die ganze Entfremdung zwischen bürgerlichrechtlicher und strafrechtlicher Rechtsbetrachtung tut sich auch hier auf wie bei der Einwilligung. Und doch handelt es sich, genau wie bei der Einwilligung, um die Frage nach Recht oder Unrecht. Die Rechtfertigung der Operation, der Verletzung des Ertrinkenden, der Züchtigung darf im Bürgerlichen Recht nicht anders begründet werden als im Strafrecht.

Die bisherige Lehre ist von der Grundvorstellung beherrscht, die ärztliche Operation oder die Züchtigung seien „an sich" Körperverletzungen. Denn sie subsumiert Einzelmerkmale, anstatt Werturteile

zu verwirklichen. Sie findet die gesetzlichen, notwendigerweise allgemein gefaßten und deshalb farblosen Merkmale der Körperverletzung etwa beim ärztlichen Eingriff wieder und, da diese Merkmale, aneinandergereiht, im Gesetz die Rechtswidrigkeit und, daran anknüpfend, Unrechtsfolgen hervorrufen, unterliegt auch die Operation diesen Folgen wie einer Verkettung von Ursache und Wirkung. Alles, was den abstrakten gesetzlichen Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, ist „an sich", „formell", rechtswidrige Körperverletzung, unterliegt der Norm: Du sollst den andern nicht verletzen. Da man der Fülle des Lebens mit dieser abstrakten Norm häufig nicht gerecht werden kann, muß durch Gegennormen Abhilfe geschaffen werden, welche die Verletzung im besonderen Falle gestatten, die sog. Unrechtsausschließungsgründe. Bezeichnend ist folgender Ausspruch des Reichsgerichts: „Objektiv rechtswidrig ist jedes an sich normwidrige Handeln, solange dem Handelnden nicht ein die Norm einschränkendes, selbständiges Recht zur Seite steht" [93]. Im Gebiet der Körperverletzung glaubt man, diesen Unrechtsausschluß nur aus dem Willen des Verletzten selbst heraus, seiner Einwilligung, ergründen zu können. Ist dieser Wille nicht zum Ausdruck gebracht worden, so genügt auch der mutmaßliche Wille. Der Einwilligung erobert man dadurch einen ausgedehnten, die Wirklichkeit weit hinter sich lassenden Anwendungsbereich. Mit wahrem Heißhunger stürzt man sich auf Willensbildungen verwandter Art, die bereits eine gesetzliche Verarbeitung und Ausgestaltung erfahren haben.

Dies gilt von der ins Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommenen Rechtsfigur der „Geschäftsführung ohne Auftrag", §§ 677—686 BGB. Mit ihrer Hilfe ließen sich die oben genannten Verletzungsfälle rechtsempfindensgemäß lösen, ohne daß man auf die „unsicheren" allgemeinen Rechtsgedanken zurückgreifen mußte; man behielt den sicheren Boden des „positiven" Rechts unter den Füßen. Der Geschäftsführung liegt der Gedanke zugrunde, daß die Glieder einer Gemeinschaft für einander einspringen sollen, wenn dem einen ein Schade droht, ohne daß der davon Betroffene selbst eingreifen könnte, der Gedanke der Menschenhilfe [94]. Die Geschäftsführung des BGB ist aber nicht als ein Gebot der Gemeinschaft ausgestaltet. In fast rührender Weise ist dem Einzelwillen des Geschäftsherrn die beherrschende Stellung eingeräumt, der, wenn schon nicht als wirklicher Wille, so doch als mutmaßlicher Wille (§ 677 BGB) zu berücksichtigen ist. Statt des Gedankens der Menschenhilfe überwiegt die Vorstellung des Eingriffs in einen fremden Rechtskreis. Die Geschäftsführung ist deshalb nicht nur nicht ausdrücklich geboten, sie wird

[93] RGSt. 25, S. 375 (378).

[94] Kohler, Die Menschenhilfe im Privatrecht, Iher. Jahrb. 25, S. 1 ff. (S. 43 ff.); Zitelmann a. a. O. S. 105; H. A. Fischer a. a. O. S 285; Traeger a. a. O. S. 157; Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 162, S. 577.

nicht einmal als gerechtfertigt bezeichnet; wenn man diese Einmischung in einen fremden Rechtskreis nicht lassen kann, dann soll man den Willen des „Geschäftsherrn" ja nie außer Acht lassen; andernfalls macht man sich sogar ohne sonstiges Verschulden ersatzpflichtig [95]. Darum ist die Geschäftsführung als Rechtfertigungsgrund auch bestritten [96]. Es kann jedoch als herrschende Meinung gelten, daß die Operation eines Bewußtlosen, die Körperverletzung zur Rettung eines Ertrinkenden, Züchtigung eines fremden unartigen Kindes nicht gegen das Recht verstoßen, sofern diese Verletzungen dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des jeweiligen Geschäftsherrn entsprechen.

Auch auf das Strafrecht hinüber wirkte das Rechtsgebilde der Geschäftsführung, was es seiner Ueberlegenheit als „positives" Recht zu verdanken hat. Das Züchtigungsrecht an fremden Kindern wird in der strafgerichtlichen Rechtsprechung der Oberlandesgerichte vielfach auf den Geschäftsführungsgedanken gestützt [97]. Hippel wünscht der Anerkennung der Geschäftsführung als Rechtfertigungsgrund weiteren Fortschritt [98]. Daneben behauptet sich aber eine strafrechtlich selbständige Lösung der obengenannten Schulfälle. In der sog. mutmaßlichen Einwilligung führt vor allem Mezger [99] den Einwilligungsgedanken als den Ausdruck des mangelnden Interesses weiter aus der die seitherige Lehre kennzeichnenden Vorstellung heraus, daß erstlinig der Wille des Verletzten selbst die Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Körperverletzung aufheben könne. Wenn dieser Wille keine Wirklichkeit ist, so wird er eben gemutmaßt. Mezger versteht allerdings unter der mutmaßlichen Einwilligung angeblich nicht die Fiktion einer vernünftigen Willensrichtung des Verletzten, sie besage auch nicht, daß der Verletzer bei der gegebenen Sachlage die Einwilligung habe erwarten dürfen, sondern die mutmaßliche Einwilligung bedeutet ihm „ein objektives richterliches Wahrscheinlichkeitsurteil dahin, daß der Betroffene, wenn er volle Kenntnis der Sachlage besessen hätte, von seinem persönlichen Standpunkt aus in die Handlung eingewilligt hätte" [100]. Aus dem konkreten Fall soll die wirkliche Willensrichtung des Verletzten ausgelegt und ermittelt

---

[95] § 678 BGB.

[96] Bejahend: Zitelmann a. a. O. S. 104. Ihm folgend H. A. Fischer, a. a. O. S. 283 ff.; v. Tuhr, Bürgerl. Recht II, 2, S. 470; O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht III, S. 883, Anm. 11; Enn.-Lehm. S. 577. Verneinend: Planck-André, Komm. z. BGB II, 2, vor § 677. V. S. 1211/12. Ihm folgend Staudinger, Komm. z. BGB II, 3, § 823, II. B. 7. S. 1783.

[97] z. B. Hamburg, Goltd.A. 63, S. 134 ff. (135), auch Ger.S. 84, S. 236 (237); Kolmar, DJZ 21, 1180; Königsberg, L. Z. 21, 1362.

[98] v. Hippel, Die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag im Strafrecht, RG Festgabe S. 12; derselbe: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen, ZStW 42, S. 404 (421. 423).

[99] Ger.S. 89, S. 287—292; Lehrb. § 29, S. 218—225; Klee, Vorsatz und Pflichtwidrigkeit, Goltd. A. 69, S. 162 (166).

[100] Lehrb. S. 219/20.

werden. Auch die mutmaßliche Einwilligung rechtfertigt nach dem Prinzip des mangelnden Interesses; die näheren Voraussetzungen und Grenzen ihrer Wirkung bemessen sich nach denen der tatsächlichen Einwilligung, für die sie einen vollgültigen Ersatz darstellt. Der Verletzer braucht nicht in dem Bewußtsein einer mutmaßlichen Einwilligung gehandelt zu haben.

Wir können Mezger den Vorwurf der Fiktion, so sehr er sich dagegen wehrt, nicht ersparen. Daß es sich bei der mutmaßlichen Einwilligung eben doch um eine Fiktion handelt, wird ganz deutlich daran, daß sie sogar auch gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Interesseträgers Platz greifen soll [101]. Mag der Widerspruch gegen die Verletzung auf einer irrigen Auffassung der Sachlage durch den Betroffenen beruhen, jedenfalls ist dann die Nichteinwilligung unbestreitbare Wirklichkeit, neben der eine mutmaßliche Einwilligung eben nicht als Wirklichkeit, sondern als Fiktion, als etwas tatsächlich nicht Vorhandenes, Platz hat. Mezger selbst führt die Rechtfertigung letztlich auf den „immanenten Endzweck des Rechts" zurück, auf „die größtmögliche Interessenbefriedigung", somit auf allgemeine Rechtsgedanken. Diese erst mit der mutmaßlichen Einwilligung zu umkleiden, bevor sie in die Wirklichkeit übertragen werden, ist reiner Gedankenleerlauf. Es steht ja von vornherein auch für Mezger fest, daß die besagten Verletzungen nicht unter das Unrecht zu rechnen sind; die Erforschung des mutmaßlichen Willens des Verletzten könnte dann höchstens dieses nach unserem Rechtsempfinden feststehende Ergebnis noch einmal in Frage stellen. Daß die mutmaßliche Einwilligung die „übergesetzlichen Unrechtsausschließungsgründe" scharf umgrenzte, wie Mezger meint, ist nicht erkenntlich.

Es ist auffallend, wie auch da, wo man die Rechtfertigung der Operation des Bewußtlosen oder die Züchtigung aus allgemeinen Rechtsgedanken entwickelt, letztlich der Wille des Verletzten in irgend einer Form als die rechtfertigende Kraft erscheint. Hegler [102] stellt als allgemeinen Rechtsgedanken „das Prinzip der Wahrung des wohlverstandenen Interesses des scheinbar Betroffenen" auf. Das „wahre Wohl" stehe im Mittelpunkt allen Rechtsdenkens. Frank [103] hält allgemein ein „Handeln im Interesse des Verletzten" für nicht rechtswidrig. Wenn die Verletzung sachlich den Interessen des Verletzten dienen soll und diene, so sei sie gerechtfertigt, möge man auch formell einem Gebot zuwidergehandelt haben.

Einen Anlauf zu konkretem, wertenden Rechtsdenken nimmt Traeger [104] mit seinem Gedanken der Nächstenhilfe. Er wertet von

---

[101] Ger.S. 89, S. 291; Lehrbuch S. 221.
[102] Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36, S. 43, Anm. 61.
[103] a. a. O. S. 144.
[104] a. a. O. S. 154.

der Gemeinschaft aus, wenn er dafür eintritt, daß Handlungen der Nächstenhilfe „als etwas Verdienstliches, aus sittlichen und volkswirtschaftlichen Gründen Begehrenswertes, also als rechtmäßige Handlungen“ [105] anzuerkennen seien. Wertung ist es auch, wenn nach ihm die Nächstenhilfe nicht schon als rein sachlicher Erfolg die Verletzung rechtfertigt, sondern wenn er verlangt, daß der Verletzer auch aus dem Beweggrund der Nächstenhilfe gehandelt habe [106], ein Gesichtspunkt, der bei Mezgers mutmaßlicher Einwilligung und bei Heglers Prinzip des wahren Wohls außer Acht gelassen wird. Bei der rechtlichen Verarbeitung dieses Gedankens fällt er jedoch in die Rechtfertigung aus dem Einzelwillen zurück. Im Netz der bürgerlichrechtlichen Vorschriften über die Geschäftsführung verfängt sich der so hoffnungsvoll aufsteigende Gedanke wieder im individualistischen Rechtsdenken: die Nächstenhilfe darf nicht gegen den erklärten oder den nicht erklärten wirklichen Willen geübt werden, mag auch die Ablehnung der Hilfe noch so töricht sein. Nur wo ein „überwiegendes“ öffentliches Interesse in Gefahr steht, schaffe § 679 BGB das Recht, den Einzelwillen ausnahmsweise zu übergehen.

Weil die Rechtfertigung aus dem Einzelwillen des Verletzten heraus erklärt wird, erscheint sie als Ausnahme von der allgemeinen Regel, als eine aus der Sphäre des Individuums stammende Gegennorm, welche die nach der allgemeinen Norm verbotene Verletzung im Ausnahmefall erlaubt. Sobald wir die Rechtmäßigkeit der genannten Verletzungen aus der Gemeinschaftsordnung herleiten, ist kein Platz mehr für eine vom Einzelwillen geschaffene Gegennorm. Die Ausnahmevorstellung fällt, die Rechtfertigung der Verletzung zeigt sich uns als eine konkrete Rechtsbildung. Etwas Aehnliches hat Siebert in seiner Lehre vom Rechtsmißbrauch entwickelt [107]: Schikane ist darnach nicht unzulässige Rechtsausübung, also immerhin Ausübung eines Rechts, sondern Ueberschreitung der konkret gestalteten Berechtigung, also ein Handeln außerhalb des Rechts. Aehnliches gilt hier, nur in umgekehrter Reihenfolge. Operation eines Bewußtlosen, notwendige Verletzung eines Ertrinkenden, Züchtigung fremder Kinder sind nicht erlaubte Körperverletzungen. Sie stellen vielmehr ein Verhalten dar, das die Ordnung der Gemeinschaft zur praktischen Auswirkung bringt, diese Ordnung konkret verwirklicht. Die Verletzungen — solche rein nach der Substanz — bedeuten daher ein Handeln im Recht.

---

[105] a. a. O. S. 157.

[106] a. a. O. S. 164/65.

[107] Grundfragen der Neuen Rechtswissenschaft S. 189 ff., S. 202, 203.

II. Konkrete Rechtfertigung.

1. § 9.

Aerztliche Eingriffe.

Die ärztlichen Heileingriffe bilden geradezu Musterbeispiele für die Unzulänglichkeit des abstrakten Rechtsdenkens und seiner wertungslosen Tatbestandssubsumtion. Jede Operation mit ihren Schnitten erfüllt zweifellos den Tatbestand der Körperverletzung, aber eben nur im anatomischen Sinne. Nicht jede Substanzverletzung des Körpers bricht die Rechtsordnung. Zu dieser Gleichsetzung verführte die Subsumierbarkeit der Tatbestandsmerkmale. Freilich hat sich das Rechtsgefühl dagegen immer so stark aufgelehnt, daß man sich von jeher über die Rechtfertigungsmöglichkeiten der „an sich" unter den Tatbestand der Körperverletzung fallenden ärztlichen Eingriffe viel Kopfzerbrechen bereitete. Im Strafrecht allerdings erschien schon die Tatbestandsmäßigkeit sehr zweifelhaft, umschreibt doch § 223 StGB die Körperverletzung näher als ein Beschädigen an der Gesundheit oder ein Mißhandeln; Heileingriffe aber bezwecken das gerade Gegenteil. Deshalb wird für das Strafrecht von manchen die Ansicht vertreten, solche Eingriffe seien schon rein begrifflich keine Körperverletzung oder Mißhandlung [108]. Vom Begriff ausgehend lag es auch nahe, den Erfolg des Eingriffs entscheiden zu lassen; mißlungene Eingriffe wirken gesundheitsbeschädigend, also treffe Körperverletzung tatbestandsmäßig zu [109]. Für das Bürgerliche Recht dagegen, unter dessen Körperverletzungsbegriff jede Gewebeverletzung oder -veränderung fallen kann, wurde die Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Eingriffs nie ernstlich geleugnet.

Wer den ärztlichen Eingriff tatbestandsmäßig für Körperverletzung hält, steht häufig vor der Aufgabe, diese „Körperverletzung" der Widerrechtlichkeit zu entkleiden, um brauchbare Ergebnisse zu erzielen. In den meisten Fällen wird der Arzt erst auf Grund eines Vertrages, eines Dienstvertrages, tätig. Dieser Vertrag schafft dem Eingriff und den damit notwendig verbundenen Gewebeverletzungen seinen Rechtsgrund. Der Patient, der mit dem Arzt einen Vertrag über eine Operation abschließt, verpflichtet damit den Arzt, die Operation sachgemäß durchzuführen. Der Arzt ist seinerseits durch den Vertrag gebunden, die mit der Operation verbundenen notwendigen Schnitte am Körper des Patienten zu machen. Täte er es nicht, so käme er in Leistungsverzug, er verletzte den Vertrag. Ein vertrags-

[108] Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 150 und die Entwürfe 1927 und 1933 des Strafgesetzbuchs.

[109] Belina, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes, ZStW 44, S. 220 ff. (230); Frank a. a. O. S. 478; Mezger, Lehrbuch § 32, II, 1, S. 244.

gemäßes Verhalten kann nun nicht zugleich eine unerlaubte Handlung sein. Die Körperverletzung ist gerechtfertigt, weil sie zum vereinbarten Vertragsinhalt geworden ist. Es stellt sich deshalb als überflüssig heraus, etwa mit Zitelmann nach sonstigen Unrechtsausschließungsgründen zu fahnden, „das die Rechtswidrigkeit ausschließende Moment einzig und allein in der Einwilligung des Verletzten" zu suchen [110], die zulässig sei, weil sie einen vernünftigen Zweck, den Heilungszweck, verfolge. Gewiß umschließen die Vertragserklärungen des Patienten auch seine Einwilligung in die vorzunehmenden Körperverletzungen. Der Patient selbst wird sich aber einer besonderen Einwilligung in seine Verletzung wohl selten bewußt sein, erst der Jurist befördert sie ans Tageslicht und zimmert sich damit eine schon wieder von der Wirklichkeit sich entfernende Anschauung zurecht. Die mit einer vertragsmäßigen Operation notwendig verbundene Körperverletzung ist erstlinig deshalb gerechtfertigt, weil sie Gegenstand einer Vertragspflicht geworden ist; die in dem Vertrag ruhende Einwilligung in die vorzunehmenden Schnitte können wir ruhig in ihrem Schlummerzustand belassen. Es erschließt uns keine weitere Erkenntnis, wenn wir sie in das wache Bewußtsein heraufzerren, sie verzögert durch einen weiteren Weg das Ergebnis der Rechtfertigung. Es verrät aber auch einen logischen Denkfehler, wenn man glaubt, man müsse zur Rechtfertigung der Operationsverletzung erst die Einwilligung aus den Vertragsvereinbarungen herausschälen. Aus solcher Denkweise müßte man folgerichtig den Schluß ziehen, die Erfüllung eines rechtswirksamen Vertrags könne zugleich eine unerlaubte Handlung sein. Man geriete hier in einen circulus vitiosus, in dem man überhaupt nie recht handeln könnte. Deshalb muß der Dienstvertrag als solcher die Operationsverletzung rechtfertigen, unerlaubte Handlungen und Vertragsverletzungen müssen zusammenfallen.

Die eigentlichen Schwierigkeiten tauchen erst da auf, wo der Operation kein Vertragsschluß vorangeht, sei es daß der Vertrag infolge Minderjährigkeit des Patienten nicht wirksam geworden ist oder daß der Arzt eine dringende Operation an einem bewußtlosen Verunglückten ausführt. Die Annahme eines ärztlichen Berufsrechts [111] ist bezeichnend für den auf Gegennormen aufgebauten Unrechtsausschluß. Die meisten ziehen aus einem mutmaßlichen Willen des verletzenden Patienten die Gegennorm heraus unter Zuhilfenahme der „Geschäftsführung ohne Auftrag" oder der mutmaßlichen Einwilligung des Verletzten. Mit dieser arbeitet auch das Reichsgericht, sowohl im Strafverfahren wie im Bürgerlichen Rechtsstreit [112]. Es

[110] Zitelmann a. a. O. S. 85.

[111] v. Kahl, Der Arzt im Strafrecht, ZStW 29, S. 351 ff. (368); Olshausen a. a. O. vor § 223, 9 b.

[112] RGSt. 25, S. 375 (382); RGZ 68, S. 431 (434); 151, S. 349 (354).

hält die mutmaßliche Einwilligung für genügend bei Gefahr im Verzuge. Es könne sich dabei, wie das Reichsgericht jüngstens [113] ausführt, nur um Fälle handeln, in denen aus besonderen Gründen die Einwilligung des Kranken nicht eingeholt werden könne, so bei Bewußtlosigkeit des Kranken oder wenn sich im Verlauf eines mit seiner Zustimmung vorgenommenen Eingriffs die ursprüngliche Diagnose trotz sorgfältigster Untersuchung als irrig und zur Abwendung einer unmittelbaren Lebensgefahr ein viel weitergehender Eingriff als notwendig erweise, für den eine Einwilligung des Kranken nicht vorliege und nicht mehr eingeholt werden könne. Sofern der Arzt nach der gegebenen Sachlage, insbesondere auch nach dem bisherigen Verhalten des Kranken, annehmen könne, daß dieser, könnte er gefragt werden, seine Einwilligung nicht versagte, werde er, auch ohne daß sie ausdrücklich erteilt sei, zu dem notwendigen Eingriff schreiten dürfen, ohne widerrechtlich zu handeln. „Entscheidend ist, daß der Arzt solchenfalls nach dem mutmaßlichen Willen des Kranken handelt".

Neben diesen mit der im Strafrecht herrschenden Lehre übereinstimmenden Gedankengängen des höchsten Gerichtshofs finden wir im Schrifttum gerade bei der Heilbehandlung deutlich erkennbare Ansätze zu selbständiger Wertung zu konkretem Rechtsdenken. Schon Graf zu Dohna verficht das Werturteil, jede Handlung sei rechtmäßig, die als rechtes Mittel zum rechten Zweck betrachtet werden könne. So läßt er bei der Operationsverletzung entscheiden, ob der Arzt nach pflichtgemäßem Ermessen die getroffene Maßnahme für „das geeignete Mittel zur Erreichung des objektiv begründeten Zwecks der Heilung des Patienten" erachtet habe [114]. Auch v. Liszt hat sich von der einwilligungsgebundenen, auf der Norm-Gegennormvorstellung beruhenden Rechtfertigungslehre freigemacht und sieht — wertend — den Rechtsgrund zu ärztlichen Eingriffen „in der staatlichen Anerkennung des Heilzwecks"; ihre Schranken erhielten die Eingriffe durch die Angemessenheit des Mittels, die sich aus den Regeln der ärztlichen Wissenschaft und Kunst ergebe. „Die Einwilligung des Verletzten vermag", wie v. Liszt hervorhebt, „die Rechtmäßigkeit des Eingriffs ebensowenig zu begründen, wie . . . eine Geschäftsführung ohne Auftrag" [115].

Die Gesetzgebung selbst bringt wenigstens beispielhaft zum Ausdruck, daß ärztliche Eingriffe nicht den Körperverletzungen gleichgestellt werden können. Nach dem Reichsimpfgesetz [116] sollen alle Impfpflichtigen mit Schutzpocken geimpft werden. Damit werden Gewebeverletzungen geboten, die nicht einmal unmittelbar einen Heilungs-

[113] RGZ 151, S. 349 ff.
[114] a. a. O. S. 106.
[115] v. Liszt-Schmidt a. a. O. S. 214.
[116] § 1 des Reichsimpfgesetzes vom 8. 4. 1874 (RGBl. I, S. 31).

vorgang einleiten. Der einer Krankheit sogar nur vorbeugende Eingriff wird hier als rechtmäßig eingeführt. Die Vorstellung, daß das Impfen eigentlich Körperverletzung sei, wurde so gar nie geläufig. Ein weiteres Beispiel gibt neuerdings das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses [117]. Die Unfruchtbarmachung, bisher nach § 224 StGB als schwere Körperverletzung strafbar, wurde hier unmittelbar zu einem Stück Gemeinschaftsordnung erhoben. In der Begründung des Gesetzes [118] wird auf die drohende Ueberwucherung der wertvollen Schichten durch die Minderwertigen hingewiesen. Ein solches Gesetz kann nur da Tatsache werden, wo das Recht nicht den Interessen in sich abgeschlossener Einzelwesen dient, sondern die einzelnen als Glieder einer Gemeinschaft, eines eigenartigen wertvollen Ganzen, begreift. Weil die allseitige Gesundheit der Glieder die Voraussetzung einer starken Gemeinschaft bildet, so gebietet die Lebensordnung dieser Gemeinschaft, daß krankes Erbgut ständig ausgemerzt wird.

Impfung und Unfruchtbarmachung müßten nach der bisherigen, der rein gedanklichen Normenwelt entstammenden Rechtfertigungslehre unter die Unrechtsausschließungsgründe eingereiht werden. Man hätte dazu allerdings eine beide Fälle verbindende abstrakte Norm als die Gegennorm entwickeln müssen. Dies wäre umso schwieriger gewesen, als die Gesetze selbst eine konkrete Ordnung und kein abstraktes Normengefüge schufen. Denn die Gesetze gebrauchten konkrete Begriffe wie Impfung und Unfruchtbarmachung und sprachen nicht irgendwie von einer Substanzverletzung. So zeigt das Gesetz schon an, daß bei der Schutzpockenimpfung und der Unfruchtbarmachung Erbkranker sich unmittelbar ein Stück Gemeinschaftsordnung auswirkt [119].

In den Entwürfen zum kommenden Deutschen Strafgesetzbuch [120] werden die ärztlichen Eingriffe von der Körperverletzung bereits ausgenommen und erfahren ihre konkrete rechtliche Würdigung als „Heilbehandlung". Die jetzt beabsichtigte Vorschrift lautet: „Eingriffe und Behandlungen, die der Uebung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen, können aber als eigenmächtige Heilbehandlungen bestraft werden". Damit ist klar ausgesprochen, daß der ärztliche Eingriff nicht der Verletzung des Körpers, sondern möglicherweise der Verletzung der persönlichen Freiheit des Behandelten zuzuordnen ist. Diese Unterscheidung ist im bisherigen Schrifttum wohl manchmal angedeutet, aber nicht zum

---

[117] vom 14. 7. 1933 (RGBl. I, S. 529).

[118] Reichsanzeiger 1933, Nr. 172.

[119] Die Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher ist Strafe, bleibt deshalb hier außer Betracht.

[120] E. 27, § 263; jetziger Entwurf bei Gürtner, Das kommende Deutsche Strafrecht, Bes. T., S. 392.

folgerichtigen Durchbruch gelangt. Man empfand, daß eine grundsätzliche Billigung der ärztlichen Eingriffe die Bevölkerung schutzlos den Aerzten ausliefern würde und daß die Eingriffe deshalb unter einen gesetzlichen Unrechtstatbestand gebracht werden müßten. Weil man nun rein subsumierend anstatt wertend vorging, landete man bei einem dem Heileingriff sachfremden Gegenstand, dem der Körperverletzung. Die Rechtsfolge, Schadensersatzpflicht und Bestrafung des Arztes, konnte immer nur da befriedigen, wo dem Eingriff eine Freiheitsverletzung zugrunde lag.

Es ist rechtlich bedenkenfrei, schon nach gesetztem Recht einen ärztlichen Eingriff als Freiheitsverletzung zu ahnden. Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt keine nähere Beschreibung der Freiheitsverletzung. Die Lehre legt aus der Zusammenstellung mit Leben, Körper und Gesundheit die Freiheit aus als die freie Verfügung über die eigene Person [121]. Der eigenmächtige Eingriff des Arztes setzt sich über die persönliche Willensfreiheit hinweg, ist also eine Verletzung der Freiheit im Sinne des § 823 I BGB. Das Strafrecht wird durch Anwendung des § 239 I StGB, allenfalls in Verbindung mit § 2 StGB, eine sachlich richtig begründete Bestrafung erreichen.

Nach unserer Auffassung besteht kein Hindernis, den Trennungsstrich zwischen Körperverletzung und Heileingriff schon im geltenden Recht zu ziehen; denn daß der Heileingriff unter den Körperverletzungen auftauchte, hat er nicht einem gesetzgeberischen Willen zu verdanken, sondern der weltanschaulich bedingten Art, die Gesetze schematisch nach bestimmten vorgezeichneten Merkmalen anzuwenden. Nirgends finden wir eine Vorschrift, die den Heileingriff den gesetzlichen Vorschriften über Körperverletzung unterstellte. Deshalb widerspricht die hier vertretene Rechtswertung des Heileingriffs nirgends den bestehenden Gesetzen. Die Handhabung der Gesetze unterliegt immer einem gewissen Wandel, je nachdem das Recht am einzelnen oder an der Gemeinschaft oder überhaupt nicht einheitlich ausgerichtet ist. Daß der Heileingriff Dienst an der Volksgesundheit bedeutet und deshalb grundsätzlich ein Handeln im Recht darstellt, bringt übrigens, wenn man nach gesetzlichen Grundlagen sucht, die Reichsärzteordnung [122] bereits zum Ausdruck. Ihr § 1 stellt den Satz voran, daß der Arzt zum Dienst an der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes berufen sei, und § 19 daselbst bestimmt erläuternd, die deutsche Aerzteschaft sei berufen, zum Wohle von Volk und Reich für die Erhaltung der Gesundheit, des Erbgutes und der Rasse des deutschen Volkes zu wirken.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei noch auf das Selbstverständliche hingewiesen, daß nicht irgend ein Pfuschwerk oder ein den

[121] Vgl. Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse § 228 I, 2 d, S. 772.
[122] vom 13. 12. 1935 (RGBl. I, S. 1433).

Regeln der ärztlichen Kunst zuwiderlaufender Eingriff durch den Begriff der Heilbehandlung gedeckt und gerechtfertigt wird. Unsachgemäße Eingriffe können sehr wohl als Körperverletzung beurteilt werden.

Wir glauben, die im kommenden Strafgesetzbuch geplante Vorschrift über die Heilbehandlung damit bereits als geltendes Recht nachgewiesen zu haben. Die Operation eines Bewußtlosen ist also dann zu mißbilligen, wenn die Wiederherstellung seiner persönlichen Verfügungsfähigkeit oder die Aeußerung seines gesetzlichen Vertreters ohne gesundheitlichen Nachteil für den Kranken abgewartet werden kann. Es bedeutet aber kein unzulässiges Hinweggehen über den Willen des Kranken, wenn ohne sofortigen Eingriff ihm nach den Erfahrungen der ärztlichen Wissenschaft Gefahr für sein Leben oder seine Gesundheit droht, und der Arzt daraufhin den Eingriff vornimmt. Widerspricht der Kranke ausdrücklich der sachgemäßen ärztlichen Behandlung, so wird der Arzt in der Regel diesen wenn auch törichten Willen des Kranken beachten müssen [123]; eine Haftung des Arztes für die daraus entstehenden Folgen scheidet dann aus.

Der Gesichtspunkt der Körperverletzung kommt nur für unsachgemäße Eingriffe in Betracht.

2. § 10.

Die Züchtigung fremder unartiger Kinder.

Dürfen Erwachsene ihnen etwa auf der Straße begegnende unartige Kinder auf frischer Tat züchtigen? Die Frage wird in Lehre und Rechtsprechung teils grundsätzlich verneint, teils auch bejaht. Abstraktes Rechtsdenken verführt dazu, die Züchtigung als Körperverletzung aufzufassen, da sie ja zweifellos eine Beeinträchtigung im körperlichen Wohlbefinden des Gezüchtigten bewirkt. Die Züchtigung ist dann zunächst einmal unerlaubte Handlung. Dieses begriffslogische Ergebnis hat ein großer Teil in Lehre und Rechtsprechung [124] auch innerlich gebilligt. Es entsprach dem weichlichen Erziehungsideal eines richtungslosen Zeitalters. Von marxistischer Seite aus hat man die körperliche Züchtigung schlechthin aus parteipolitischen Gründen bekämpft, weil sie bei den Gezüchtigten eine „Sklavengesinnung" hervorrufe und so der „herrschenden Klasse" die Unterdrückung der anderen erleichtere! [125] Von wissenschaftlicher Seite werden Einwände pädagogischer und hygienisch-medizinischer Art im Kampf gegen die körperlche Züchtgung aufgeboten, vgl. Voltz a. a. O. S. 348/49. Wer

[123] RGZ 151, S. 349 (355).

[124] Nachweise bei Voltz, Die Züchtigung fremder Kinder . . . ZStW 50, S. 374 Anm. 1

[125] v. Bracken, Die Prügelstrafe in der Erziehung, zit. bei Voltz a. a. O. S. 348, Anm 29, 32.

vor der physischen und psychischen Gefährdung des Kindes durch körperliche Züchtigung etwas weniger Angst hat, glaubt, die Züchtigung den Eltern, die die Eigenart ihres Kindes kennen, höchst persönlich überlassen und auf sie beschränken zu müssen. Das weitere Bedenken also, das gegen ein Züchtigungsrecht Fremder angeführt wird, ist der Eingriff in die höchst persönlichen Elternrechte [126]. Soweit gegenüber diesen übertrieben liberalen Auffassungen ein Züchtigungsrecht Fremder grundsätzlich anerkannt wird, geschieht die Rechtfertigung solcher Züchtigung meist auf der Grundlage des Norm-Gegennormdenkens. Daß von einem Züchtigungs„recht" die Rede ist, zeigt dies schon an. Es ist damit die Vorstellung verknüpft, daß es als ein Gegenrecht gegen ein an sich bestehendes Verbot, nämlich das Verbot der Körperverletzung, auftritt. Wir sehen zur Rechtfertigung der Züchtigung die ganze Reihe der uns schon bekannten „Unrechtsausschließungsgründe" aufmarschieren [127]. Doch stoßen wir sowohl im Schrifttum wie in der Rechtsprechung bereits lange vor dem Kriege auf deutliche Spuren konkreter Rechtsauffassung. So bemerkt schon Binding [128] in seinem Strafrecht: „Nicht die vermutete Zustimmung der Eltern — denn es kann feststehen, daß diese nicht zustimmen würden — wohl aber das Interesse eines Jeden, daß unser Gemeinwesen nicht geschädigt würde durch die Unflätigkeit der unerzogenen Jugend, rechtfertigt diese Zuchtübung". Im Anschluß daran ergibt sich für Havenstein [129] die Züchtigungsbefugnis „aus der menschlichen Gemeinschaft, ihren Rechten und Pflichten". Ganz modern muten uns die Ausführungen in dem bekannten Urteil des OLG Jena an (im Anschluß an die landgerichtliche Vorinstanz) [130]: Zur Ergänzung des elterlichen Erziehungsrechts — also nicht in dessen vermuteter Ausübung — hätten die Volksgenossen ein Erziehungs- und Züchtigungsrecht. Damit werde das Recht nicht jemand Fremdem zugesprochen, wer es auch sei, sondern dem Volksgenossen als solchem, dem Gliede der Gemeinschaft, die zur Pflege der Wohlfahrt des Volks zusammengeschlossen sei. Diesen schon vom Landgericht verwerteten Gesichtspunkt billigt das OLG Jena ausdrücklich, weil er der Sache ohne weitere Umschweife, nicht durch Verknüpfung von Vorstellungen bloß gedachter Rechtsgebilde, sondern auf Grund der Anschauung des Lebens beikomme. Es fährt fort, die heranwachsende Jugend müsse zur Ordnung und Zucht erzogen werden, sie müsse zu tüchtigen Mitgliedern der Volksgemeinschaft und der Familie herangebildet werden,

---

[126] Leipz. Kommentar § 223, 12, S. 702.

[127] Zusammenfassende Darstellung bei Voltz: Die Züchtigung fremder Kinder und die Versuche ihrer Rechtfertigung, ZStW 50, S. 339 ff. (S. 354 ff.).

[128] Handbuch des Strafrechts § 154, S. 800.

[129] Das Züchtigungsrecht der Lehrer, Goltd. A. 51, S. 241 ff (255).

[130] v. 4. 12. 1912, Goltd. A. 60, S. 498.

wozu der Staat und alle Volksgenossen zusammenzuwirken und mitzuhelfen hätten. So geschrieben im Jahre 1912! Das Urteil zeigt die Verwertbarkeit eines konkreten, an der Gemeinschaft ausgerichteten Rechtsdenkens und die damit zu erzielende Wirklichkeitsnähe in Entscheidung und Gründen. Auch Eckstein[131] gelangt durch ein konkretes Rechtsdenken zu einer nahezu vollkommenen rechtlichen Würdigung der Züchtigung, die wir hier wörtlich wiedergeben, weil sie sich mit unserem Standpunkt deckt: „Die berechtigte körperliche Züchtigung ist nicht eine auf Grund des Züchtigungsrechts vom Gesetz gestattete körperliche Mißhandlung[132], eine Handlung, die als Sühne für ein Unrecht des Zöglings vorgenommen wird, kann überhaupt nicht als Mißhandlung aufgefaßt werden. Man darf nicht die Züchtigungshandlung isoliert betrachten, losgelöst von ihrem Zweck und unbekümmert um ihren eigentlichen Inhalt. Inhalt der Züchtigungshandlung ist nicht nur eine Schmerzzufügung, sondern ihr Inhalt ist „Erziehung". Eine Erziehungshandlung als solche aber, sofern sie sich in den Grenzen einer richtigen Erziehung hält, ist eine durchaus korrekte Behandlung des Zöglings und darum nicht eine Mißhandlung". Das Recht, das sich als die Lebensordnung der Gemeinschaft fühlt, muß die körperliche Züchtigung bejahen. Vom Standpunkt der Gemeinschaft aus wäre es nicht zu verantworten, den Großteil der Jugend mangels körperlicher Züchtigung entarten zu lassen, weil diese Art der Züchtigung einigen wenigen anormal Veranlagten körperlich schadet. Sie ist oft das einzige, zugleich aber wirksamste Mittel, die Haltung des Kindes zu formen, es zu erziehen. Erziehung aber bedeutet Eindämmung oder gar Unterdrückung individueller Regungen, um eine Gemeinschaftstüchtigkeit heranzubilden. Gäbe es keine Gemeinschaft, dann brauchte man keine Erziehung. Die Erziehung ist für die Gemeinschaft eine Lebensfrage, darum ist es Aufgabe, Recht und Pflicht aller Gemeinschaftsglieder, auf eine wirksame Erziehung zu achten. Am wirksamsten ist die Züchtigung, die der Unart auf dem Fuße folgt. Zu solcher Züchtigung sind oft nur Volksgenossen, die sonst mit dem Kinde nicht in Berührung kommen, in der Lage, denn Unarten spielen sich meist nicht vor den Augen der Eltern und Lehrer ab. Jenen aber bleibt nur das Mittel körperlicher Züchtigung. Soviel zum Rechtsgrund der körperlichen Züchtigung Erwachsener an fremden Kindern.

Höchst persönliche Erziehungsrechte der Eltern stehen überhaupt nicht auf dem Spiel. Soll etwa der Eigentümer eines Gartens zusehen, wie ihm ein Bub im Beisein seines Vaters einen Obstbaum leert? Nicht jeder Volksgenosse kann sich deshalb in die Erziehung seiner Nachbarskinder einmischen. Was zu Hause bei den Eltern ge-

[131] Die Züchtigung fremder Kinder in strafrechtlicher Beziehung, Goltd. A. 56, S. 281 ff. (282).

[132] Die Norm-Gegennormvorstellung erfährt also eine deutliche Ablehnung.

schieht, geht Außenstehende nichts an. Es soll auch nicht jede harmlose Unart von einem Beliebigen, der gerade vorbeikommt, geahndet werden.

Darnach wird der Richter eine Züchtigung dann für rechtmäßig zu erachten haben,

1. wenn die Unart für einen Erwachsenen eine strafbare Handlung darstellte,

2. wenn bei nicht sofortiger Züchtigung diese unterbliebe oder doch wesentlich erschwert oder verzögert würde. Doch sollen damit nur Richtlinien geboten sein, von denen vielleicht im Einzelfall abzuweichen ist.

Wer ein Kind mit roher Gewalt durchprügelt, kann sich nicht hinter einer Züchtigungsbefugnis verstecken. Der Begriff der Züchtigung deckt nicht eine körperliche Einwirkung, die mit Erziehung nichts mehr zu tun hat, sondern lediglich einem Rachebedürfnis entspringt. Ein solches Verhalten ist Körperverletzung und macht haftbar.

3. § 11.

Sportverletzungen.

Endlich läßt sich bei den Körperverletzungen, die man im sportlichen Kampf einander zufügt, konkretes Rechtsdenken dem Regel-Ausnahmedenken gegenüberstellen. Dieses hilft sich mit der ihm eigenen verkonstruierten Einwilligung des Verletzten: Die „an sich" vorliegende körperliche Verletzung oder Mißhandlung werde durch stillschweigende Einwilligung gestattet, die Rechtswidrigkeit der Verletzung dadurch ausgeschlossen. Die Grenze dieses Unrechtsausschlusses ist durch die guten Sitten abgesteckt [133]. Noch im neuesten Schrifttum begegnen wir der Auffassung, erst die Einwilligung des Verletzten ermögliche eine dem Rechtsgefühl entsprechende Beurteilung der Sportverletzung [134]. Diese Meinung baut auf der abstrakten Unrechtsbetrachtung auf. Um deren Folgen hinterher wieder zu beseitigen, muß sie eine Einwilligung in Verletzungen vorgeben, allerdings eine juristische Einwilligung, während wir nur die wirkliche, konkrete Einwilligung anerkennen. Man behaupte doch nicht, wer sich an einem Fußballspiel beteilige, willige damit in Verletzungen, die durch den Kampfeseifer und die Bewegungen bedingt sind, ein; in Wirklichkeit denkt keiner daran, er könne verletzt werden, und wenn einer ausnahmsweise diese Ueberlegung anstellen sollte und trotzdem ins

---

[133] E. 27, Reichstagsvorlage, S. 132, Sp. 2 oben. Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 16, I, 1. S. 75. Bayr. Ob.Landesgericht v. 4. 12. 1928, DJZ. 1929, Sp. 450. Hofmann, Inwieweit sind beim Sport verursachte Verletzungen straffrei? Ger. S. 101, S. 249 ff.

[134] Dohnanyi im Nachtrag zu Franks Strafgesetzbuch, § 226 a IV, 3, S. 47. Freiesleben im Nachtrag zu Olshausens Komm. § 226 a, 2, S. 206 oben.

Spielfeld zieht, so will er damit keine Einwilligung in Verletzungen zum Ausdruck bringen. Eine solche Verletzung ist ihm weder erwünscht noch auch bloß gleichgültig. Von einer wahren Einwilligung kann nicht die Rede sein. Sobald man die Sportverletzung nicht als Körperverletzung, sondern eben als Sport- und Spielhandlung sieht, erübrigt sich die Fiktion einer Einwilligung des Verletzten. Solch konkretes Rechtsdenken verraten Lobe[135], Zeiler[136], Hofacker[137]. Lobe lehnt, wenigstens für das Strafrecht, das Ausnahmedenken ausdrücklich ab, hält es vielmehr für geboten, den Zweck der Strafbestimmung bei ihrer Anwendung zu berücksichtigen. Wie das Töten des Soldaten in der Schlacht keine Ausnahme vom allgemeinen Tötungsverbot des Strafgesetzes darstelle, so seien auch die Verletzungen bei sportlichen Kämpfen nicht als Ausnahmen von dem allgemeinen Körperverletzungsverbot zu denken. Zeiler hält es für „eine unerträgliche Zerrissenheit des staatlichen Willens", auf der einen Seite zu Sportbetätigung aufzufordern, andererseits den mit Strafe zu bedrohen, der seinen Gegner bei der Ausübung des Sports schwer treffen wolle. Die jeweils geltenden Kampfregeln müßten allerdings eingehalten werden. Auch Hofacker scheidet Handlungen zu Sport- und Spielzwecken von vornherein aus dem Gebiet des Rechtswidrigen aus.

Nach konkretem Rechtsdenken ist zu unterscheiden: „Verletzungen" und „Mißhandlungen", die der jeweiligen Sportart wesenseigen sind, bedeuten in Wahrheit keine Körperverletzungen. Der Faustschlag beim Boxkampf, das zu Boden Werfen beim Ringen, das Wegdrükken beim Kampfball ist Sportbetätigung, keine Körperverletzung! Die Kampfregeln müssen natürlich eingehalten werden. Durch sie wird wirklich schweren Körperverletzungen ausreichend vorgebeugt. Ein Schlag unterhalb der Gürtellinie beim Boxkampf hat mit sportlichem Kampf nichts mehr zu tun, sondern ist — zumindest fahrlässige — Körperverletzung.

Schwieriger ist die Beurteilung von Verletzungen, die, der betreffenden Sportart nicht wesenseigen, nur gelegentlich, etwa durch Anrempeln verursacht werden. Es sind die Verletzungen der Bewegungsspiele. Beim Fußball kommt manchmal vor das „Anschießen", Verletzungen durch Anrempeln bringen die meisten Bewegungsspiele mit sich. Die Spielregeln decken solche Verletzungen nicht, im Gegenteil: eine Kampfesweise, die sich auf solche Formen verlegte, wäre „faul". Ein einwandfreies, sauberes Spiel wird derartige Verletzungen seltener aufweisen. Beim Kampfcharakter des sportlichen Spiels ist es aber nie ganz zu vermeiden, daß die Gegner auch

[135] Einführung z. Leipz. Komm. § 6, A, 3 a und b, S. 52.
[136] Sport und Körperverletzung, DJZ 1926, Sp. 1603—1606.
[137] Sport und Körperverletzung, DJZ 1927, Sp. 454—455.

einmal unsanft aufeinander prallen, denn das Wettspiel fordert rasch entschlossene und rasch durchgeführte Bewegungen. Können nun dabei unterlaufende Verletzungen erst von der Schuldseite aus eine lebensnahe Bewertung erfahren? Oder soll man den Grad der Verletzung entscheiden lassen? Damit wäre einer grundsätzlichen rechtlichen Bewertung der Sportverletzung aus dem Wege gegangen und nur Flickarbeit geleistet. Die Frage, wann Sport und Spiel aufhören und die rechtswidrigen Körperverletzungen anfangen, ist aus den Spielregeln allein nicht zu beantworten, denn nicht jede Spielregelverletzung stellt eine Handlung außerhalb des Spiels dar. Eine starre Grenze kann hier nicht gezogen werden. Es ist von Fall zu Fall zu entscheiden, was Kampfspielhandlung ist und was rechtswidrige Körperverletzung. Faules und rohes Spiel kann sich nicht auf rechtmäßiges Sportspiel berufen. Wie selten übrigens Sportverletzungen von den Betroffenen selbst als rechtswidrig aufgefaßt werden, beweist schon die geringe Zahl der vorliegenden Gerichtsentscheidungen. Folgenschwere Verletzungen sind schon tatsächlich äußerst selten.

Damit sind die Fälle des Handelns im Recht abgeschlossen. Wir wenden uns nun demjenigen Haftungsausschluß zu, der sich ergibt nicht aus dem Werturteil über die Tat, sondern lediglich aus einem Verhalten des Verletzten selbst, sei dieses rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Natur. Die Verletzung ist nicht recht, aber der Wegfall der Haftung des Verletzers ist gerecht.

B. Haftungsausschluß durch Verhalten des Verletzten ungeachtet des Werturteils über die Tat.

I. Haftungsausschluß durch rechtsgeschäftliches Verhalten des Verletzten.

§ 12.

Der Verzicht auf Schadensersatzansprüche.

Der Haftungsausschluß, der auf ein Verhalten des Verletzten selbst zurückzuführen ist, stellt uns auf rein bürgerlichrechtliches Gebiet. Nun handelt es sich nicht mehr um gesamtrechtliche Wertung des Verletzungsvorgangs. Das Werturteil ist bei den Verzichtsfällen nicht zweifelhaft. Entweder war das Verhalten, das die Verletzung verursachte, unrecht, oder es war rechtmäßig, aber gefährdend [138].

[138] Die 7 Fälle von Gefährdungshaftung sind bei Heck, Schuldrecht § 152, S. 462—466 zusammengestellt. Die Gefährdungshaftung ist auf die gesetzlich anerkannten Fälle zu beschränken (vgl. Heck a. a. O. § 152 VIII).

Derartige Verletzungsschäden hat der Schadensurheber kraft Gesetzes wieder gut zu machen. Abweichungen von der gesetzlichen Entschädigungspflicht können sich nur aus einem Verhalten des Verletzten selbst ergeben.

Das BGB hat den Verzicht nicht als allgemeinen Rechtsgeschäftstypus geregelt, es kennt nur Einzelfälle [139]. Für die Sonderfrage, den Verzicht auf Schadensersatzansprüche, kommen vier gesetzliche Bestimmungen in Betracht: Zunächst § 305, der den Vertragsgrundsatz für die Begründung und Aufhebung eines Schuldverhältnisses aufstellt, § 397 I über das Erlöschen des Schuldverhältnisses durch Erlaßvertrag, § 276 II, wonach die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner im voraus nicht erlassen werden kann und § 138 I, das Gebot der guten Sitten als allgemeine Richtschnur.

Behalten wir zunächst den Fall im Auge, daß ein zu Schadensersatz verpflichtender Verletzungstatbestand vorliegt, der Verletzte jedoch nachträglich auf seine Schadensersatzansprüche verzichtet hat. Nach § 305 BGB kann der Verletzte nicht einseitig Verzicht leisten, denn der Wegfall der Ersatzpflicht bedeutet eine inhaltliche Aenderung des Schuldverhältnisses, das § 823 BGB an den Bruch der Friedensordnung, die „unerlaubte Handlung", knüpft. Dieser nachträgliche Verzicht hat also, soll er überhaupt wirksam sein, Vertragsnatur. Bedeutet er dann nicht dasselbe wie der Erlaßvertrag des § 397 I BGB? Angesichts des im Schuldrecht herrschenden Vertragsgrundsatzes muß die Frage bejaht werden.[140] Im Begriff des Verzichts ist der Vertragscharakter allerdings nicht enthalten [141]; der Verzicht des Vaters auf die Nutznießung am Kindesvermögen ist auch im BGB (§ 1662) einseitig gedacht; ein einseitiger Verzicht auf eine Forderung ist jedoch nach geltendem Recht wirkungslos [142]. Man hat schon geglaubt, der Erlaß hebe mit dinglicher Wirkung den Bestand des ganzen Schuldverhältnisses auf [143], während der Verzicht nur ein einzelnes Forderungsrecht berühre. Diese Unterscheidung mag sinnvoll erscheinen, wenn aus einem und demselben Schuldverhältnis verschiedene Ansprüche für den Gläubiger entspringen. Miete ich ein Zimmer mit Frühstück, so habe ich Ansprüche auf Ueberlassung des Zimmers und auf Lieferung eines Frühstücks. Ich kann nachher auf das Frühstück verzichten, ohne daß damit das ganze Schuldverhältnis erloschen wäre; die Miete will ich ja noch beibehalten. Wo das Schuldverhältnis dem Gläubiger nur e i n e n Anspruch gewährt, ist es zwar dem abstrakten Denken möglich, auch hier den Bestand

[139] z. B. § 1175, § 1491, § 1662, §§ 2346 ff.

[140] So auch Staudinger a. a. O. § 397 I, 1 S. 780; Planck-Siber § 397, 1 a, S. 542; Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 74 I, S. 265.

[141] Darauf weist der RG.Kommentar hin, § 397, 1, Abs. 2 b, S. 634.

[142] Vgl. aus der Rechtsprechung RGZ 72, S. 168 (171); 110, S. 409 (418).

[143] Vgl. RGZ 72, S. 171.

des Anspruchs vom Bestand des Schuldverhältnisses zu trennen, doch erscheint uns dies als reine Gedankenakrobatik, ohne daß damit lebendiges Recht zu gewinnen wäre. Erlaß und nachträglicher Verzicht haben denselben rechtlichen Gehalt, soweit wir im Gebiet des Schuldrechts bleiben. Nur der Blickpunkt ist ein verschiedener: erlassen wird eine Schuld, auf eine Forderung verzichtet man; je nachdem man das Rechtsgeschäft vom Schuldner oder vom Gläubiger aus sieht, spricht man von Erlaß oder von Verzicht, rechtlich ist beides dasselbe.

Ungleich größere Schwierigkeiten bereitet es, den Verzicht auf Schadensersatz im Voraus rechtlich zu erfassen. Hat auch er Vertragscharakter, ist er dem Erlaß einer zukünftigen Schuld gleichzustellen? Daß ein Verzicht im voraus grundsätzlich zulässig ist, geht aus der Fassung des § 276 II BGB mittelbar hervor: wenn die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner im voraus nicht erlassen werden kann, so ist damit zugleich ausgesprochen, daß gegen einen Haftungsausschluß im voraus für Fahrlässigkeitsschäden nichts einzuwenden ist. Was dabei rechtlich eigentlich vor sich geht, ist wenig geklärt. Meist denkt man sich den Vorausverzicht als Verzicht auf eine zukünftige Forderung. Man kann über zukünftige Forderungen verfügen, kann sie übertragen [144] und entsprechend muß man auch auf sie verzichten können [145]. Der Verzicht auf einen künftigen Anspruch erweckt aber die Gedankenvorstellung, daß der Anspruch gleichsam einen kurzen Augenblick zur Entstehung gelange — man kann ja nur auf etwas tatsächlich Bestehendes verzichten —, sofort aber infolge des Verzichts wieder erlösche. Die Entstehung des Anspruchs bildet dann ein wenn auch kurzdauerndes Durchgangsstadium. Ohne diesen Stützpunkt glaubt man nicht auskommen zu können. Der Gedankengang ist zwar rechtsmathematisch einwandfrei, funktioniert vielleicht auch technisch tadellos, ist aber dem Rechte fremd. Denn er löst sich ab von der Wirklichkeit des Lebens in das Reich der „reinen" Gedanken. Die Wirklichkeit sieht nämlich so aus, daß der Anspruch nie und nirgends entsteht, denn der vorausgegangene Verzicht hindert seine Entstehung. Ein solcher Verzicht kann deshalb nicht als Anspruchsverzicht gedacht werden; als Anspruchsverzicht kettete er uns unweigerlich an eine abstrakte, wirklichkeitsfeindliche Denkweise. Der Vorausverzicht greift tiefer.

Den Friedensbrecher zieht die Gemeinschaft zur Verantwortung. Bürgerlichrechtlich, indem sie ihn verpflichtet, dem Verletzten den Schaden zu ersetzen. Als Glied der Gemeinschaft soll der Geschädigte auch des Gemeinschaftsschutzes teilhaftig werden. Die Verantwortlichkeit des Schädigers kommt naturgemäß erst zur Auswirkung dann, wenn eine Verletzung eingetreten ist. Schon vorher aber ist diese

[144] Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 78, III, 3, S. 282.

[145] Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 74, I, 5, S. 266.

Verantwortlichkeit als Bestandteil der Gemeinschaftsordnung vorhanden. Die Ordnung, daß ich den andern nicht verletzen soll, besteht auch, wenn ich gar nicht daran denke, ihn zu verletzen. Genau so besteht die Ordnung, daß der Verletzer dem Geschädigten Schadenersatz zu leisten hat, für mich immer, auch wenn ich noch niemanden verletzt habe. Nur hat sie sich noch nicht in bestimmte Ansprüche und Pflichten verdichtet. Es ist eine Wiederherstellungsordnung, aufgestellt in § 823 BGB, zugunsten des verletzten Gemeinschaftsgliedes. Die Gemeinschaft hat aber in der Regel keine Veranlassung, diese Wiederherstellungsordnung auch gegen den Willen der Beteiligten durchzuführen. Sie braucht dem Verletzten nicht zu verwehren, den Schaden selbst zu tragen. Will nun der Verletzte den Schaden von vornherein auf seine Schulter nehmen, so bedeutet das: die Wiederherstellungsordnung des § 823 BGB soll zwischen den Beteiligten außer Kraft gesetzt werden; es soll für sie gleichsam eine kleine Privatordnung aufgestellt werden, wonach der Verletzer keinen Schadensersatz zu leisten hat, der Verletzte den Schaden selbst tragen muß. Eine Ordnung kann nun nicht der Einzelne allein schaffen, sondern nur im Zusammenwirken mit dem Genossen, der an der Ordnung teilhaben soll. Es muß ein Vertrag darüber geschlossen werden. Demnach ist auch der Verzicht auf die Schadenshaftung im voraus nur durch Vertrag möglich. Nur handelt es sich um keinen Anspruchsverzicht, sondern um einen Verzicht auf die Schadenswiederherstellungsordnung, welche die Gemeinschaft zugunsten des geschädigten Einzelgliedes aufgestellt hat. Der Verzicht auf diese Ordnung ist verknüpft mit der Schaffung einer Sonderordnung zwischen dem zukünftigen Schädiger und dem in Zukunft Geschädigten.

Der Unterschied zwischen nachträglichem Anspruchsverzicht und vorausgehendem Ordnungsverzicht läßt sich vielleicht noch bildlich klar machen: Stellen wir uns die unerlaubte Handlung vor als ein Saatkorn. Wenn es aufgeht, so sprießt ein Schuldverhältnis, eine Verpflichtung zum Schadenersatz hervor. Der nachträgliche Verzicht mäht die Pflanze des Schuldverhältnisses ab. Das Schuldverhältnis erlischt. Der Vorausverzicht läßt das Saatkorn der unerlaubten Handlung auf so unfruchtbaren Boden fallen, daß es schon gar nicht aufgeht. Ein Schuldverhältnis kommt nicht einmal im Keime zur Entstehung.

Die Berechtigung des Vertragsgrundsatzes beim Verzicht ist umstritten. Eine dem Wesen des Rechts fremde abstrakt begriffslogische Begründung, weshalb der Erlaß zum Vertrag ausgestaltet sei, und der Gesetzgeber sich nicht mit einem einseitigen Verzicht des Gläubigers begnügt habe, bietet Cohn[146]: Die Logik des Schuldverhält-

[146] Erlaß und Verzicht nach dem BGB, Gruch, Beitr. Bd. 47, S. 221 ff. (229). Kennzeichnend für jüdisches rechtswissenschaftliches Denken.

nisses, die nicht durchbrochen werden sollte, ergebe dies; dem Begriff des Schuldverhältnisses widerstrebe es, daß es schon dann untergehen solle, wenn es nur der Gläubiger wolle. Gegen diese formale Begriffsjurisprudenz wendet sich du Chesne[147]: Der Vertragsgrundsatz sei in der modernen Wertung der Persönlichkeit und ihres Willens begründet. Man stelle eine rechtliche Ungleichheit der beiden Willenssubjekte auf, bewerte den Willen des Verpflichteten minder, wenn man ihn beim Wegfall seiner Verpflichtung für unbeachtlich erkläre. Die einseitige Verzichtserklärung des Gläubigers besage nur ein „nicht mehr fordern Wollen", das „nicht mehr fordern Können", die Bindung des Gläubigers an seinen Verzicht, bewirke erst die Willenseinigung. Heck[148] dagegen hält es, die Interessenlagen betrachtend, für nicht erklärlich, daß ein Gläubiger im Wege einer einseitigen Erklärung die Interessen eines andern durch Befreiung von einer Schuld nicht fördern könne. Darauf ist zu erwidern, daß die Interessen des Schuldners zwar meist mit dem Erlaß seiner Schuld sich decken werden, es ist aber denkbar, worauf neuestens auch Larenz[149] hinweist, daß der Schuldner nichts „geschenkt" haben will. Dieses Interesse könnte sich, würde die einseitige Verzichtserklärung schon genügen, nicht durchsetzen. Das Interesse des Schuldners hieran minder zu bewerten als das Verzichtsinteresse des Gläubigers, ist nicht einzusehen.

Wirksame Haftungsverzichte müssen sich dem Rahmen der Gesamtordnung einfügen. Bei Körperverletzung ist darauf zu achten, in welchen Gemeinschaftsstellungen der Verletzte steht. Der verletzte Familienvater, der infolge der Verletzung das Brot für die Familie nicht verdienen kann, darf nicht auf seine Ersatzansprüche oder eine Rente, wovon die Familie leben könnte, verzichten, um der allgemeinen Wohlfahrt zur Last zu fallen. Auf dem Wege des Sittenverstoßes kann diesen Gedanken Eingang in das geltende Recht verschafft werden.

§ 13.

Vom fiktiven Verzicht zum konkreten Gerechtigkeitsdenken.

Wie jeder Vertrag kann auch der Haftungsverzicht durch stillschweigende Vereinbarung zustandekommen. Sehr leicht entartet aber die Annahme eines stillschweigenden Verzichtes zur reinen Fiktion. Dieser Gefahr ist die Rechtsprechung erlegen. Sie konstruiert stillschweigende Haftungsverzichte, wo die Parteien an Verletzungen oder Haftung nicht entfernt gedacht haben, um zu gerechten Entschei-

[147] Begriff und Arten des Verzichtes, Arch. f. Bürg. R. Bd. 42, S. 296, (301/03).

[148] Grundriß des Schuldrechts, § 41, 2, S. 122.

[149] Vertrag und Unrecht, I S. 156.

dungen zu gelangen. Die Entscheidungen über Gefälligkeitsfahrten geben wertvolle Aufschlüsse in dieser Richtung. Es erscheint uns meist ungerecht, daß ein Fahrgast einen Fuhrwerksbesitzer, der ihn unentgeltlich mitfahren ließ, aus einem lediglich durch die besondere Tiergefahr herbeigeführten Unfall in Anspruch nimmt. Läßt sich aus dem Gesetz der Haftungsausschluß nicht unmittelbar herleiten, so hilft sich das Reichsgericht durch die Annahme eines stillschweigend vereinbarten Haftungsverzichts [150]. Hat der gefällige Fahrer den Mitfahrenden durch einen verschuldeten Unfall verletzt, so läßt nach der Rechtsprechung der Gefälligkeitscharakter der Fahrt allein noch nicht auf einen stillschweigenden Verzicht des Fahrgasts auf die Haftung schließen. Ein solcher Verzicht könne im Falle des Verschuldens erst bei Hinzutreten weiterer Umstände angenommen werden [151]. Typische zur Entscheidung gelangte Beispiele sind folgende:

Der Kl. hatte um Mitfahrt auf dem Fuhrwerk des Bekl. gebeten. Der Bekl. ließ den Kl. daraufhin unentgeltlich mitfahren. Unterwegs scheute das Pferd, der Wagen wurde umgeworfen, die Insassen verletzt. In der Bitte des Kl. um Gewährung der Mitfahrt und in dem Einverständnis des beklagten Tierhalters wurde der Abschluß eines Vertrages über den Ausschluß der Tierhalterhaftung gefunden [152].

Bei einer Fahrt nach pfälzischen Weinorten war man in verschiedenen Ortschaften eingekehrt und hatte dabei erhebliche Alkoholmengen aufgenommen. Die Folge war, daß auf der Rückfahrt bei Nacht der Wagen auf einen Prellstein geriet und sich überschlug. Der eingeladene Fahrgast wurde dabei tödlich verletzt. Das Reichsgericht nahm an [153], der Fahrgast habe auf etwaige Ersatzansprüche aus einem Unfall stillschweigend verzichtet, denn er habe bewußt eine solche Weinreise mitgemacht, sogar mit dem Führer zusammengetrunken bis in die späte Nacht hinein. Dabei habe er gewußt oder doch wissen müssen, daß schon geringe Alkoholmengen den Kraftfahrer wegen der damit verbundenen Nervenerschlaffung zu Leichtsinn verleiten und die größten Gefahren für die Wageninsassen herbeiführen würden. An die stillschweigende Verzichtsvereinbarung sei auch der Kl. (der Vater des Verunglückten) nach dem in § 846 BGB enthaltenen allgemeinen Rechtsgedanken gebunden.

Die Teilnahme an einer Dauerprüfungsfahrt allein gibt noch keinen Anlaß, einen stillschweigenden Verzicht des Mitfahrers auf etwaige Schadensersatzansprüche anzunehmen [154].

---

150 RGZ 65, S. 313 (314/15); 67, S. 431 (434).

151 RG in Gruch Beitr. Bd. 55, S. 343 (344); RGZ 128 S. 229 (232); RG J. W. 1936, S. 1890 (1891).

152 RG Warn. 1908, Nr. 158, S. 112.

153 RGZ 128, S. 229 ff.

154 RG J.W. 1926, S. 2534.

In diesem Zusammenhang wird auch erörtert, wieweit es gegen oder für den Abschluß eines Enthaftungsvertrages spreche, wenn der Wagenführer eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen habe. Das Reichsgericht hat ausgesprochen [155], die dem Verletzten bekannte Tatsache, daß der andere Teil gegen Haftpflicht versichert sei, könne gegen einen Verzicht sprechen, es müsse aber aus dieser Tatsache nicht stets auf den Abschluß eines Enthaftungsvertrages geschlossen werden. Sie sei als mögliches Auslegungsmittel für die Willensrichtung der Beteiligten anerkannt, daneben seien aber auch die sonstigen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Eine „Bierreise" auf Gefahr der Versicherungsgesellschaft zu unternehmen, finde jedenfalls bei rechtlich denkenden Menschen keine Billigung.

Bei entgeltlicher Beförderung gelten strengere Voraussetzungen für die Annahme eines stillschweigenden Verzichts als bei unentgeltlichen Gefälligkeitsfahrten. Die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses hat das Reichsgericht einmal darin gesehen, daß der Verletzte einen nachts drei Uhr angetroffenen und daher aller Voraussicht nach ermüdeten Taxifahrer noch zur Teilnahme an einem Trinkgelage aufgefordert und sodann nach dem Gelage früh 7 Uhr die Heimfahrt angeordnet habe [156].

Die Ergebnisse dieser Entscheidungen sind gerecht, aber konstruktiv anstatt lebenswirklich begründet. Gesundes Gerechtigkeitsempfinden muß, wie die bisherige Rechtsprechung zeigt, „positive" Gestalt angenommen haben, um sich auswirken zu können [157]. Für den Schadensausgleich wird zunächst als maßgebend erachtet, was dem allgemeinen Billigkeitsempfinden entspreche. Gleichwohl dürften die Gebote der Billigkeit „nicht ohne weiteres" die Grundlage der Entscheidung bilden. Der Billigkeitsmaßstab für alle nicht besonders besprochenen Punkte müsse vielmehr als das beiderseits Gewollte erscheinen und diese beiderseitige Willensmeinung müsse aus den ausgesprochenen und unausgesprochenen Willenskundgebungen unter Mitberücksichtigung der begleitenden Umstände erschlossen werden. Indem man die Beteiligten in einem Gefälligkeits*vertrag* verbunden sieht, erscheint der ganze Gedankengang als Vertragsauslegung und damit obendrein noch als unmittelbare Anwendung des § 157 BGB [158].

Man sollte meinen, daß ein Vertrag, auch ein stillschweigend geschlossener, nur da angenommen werden könne, wo die Beteiligten an den angeblich stillschweigend geregelten Fall gedacht und über-

[155] RG JW. 1934, S. 2033 1. (2034).

[156] U. d. RG. v. 10. 3. 1930, teilw. abgedr. in D.A.R. 1930, Sp. 136, Nr. 123. Denselben Grundsatz spricht RGZ 128, S. 232 aus.

[157] Mit vollendeter Deutlichkeit zeigt dies RGZ 65, S. 313 (314).

[158] Für die Gefälligkeitsfahrt wird der Vertragscharakter jetzt allerdings allgemein abgelehnt: RG JW. 1935, S. 2033.

einstimmend davon ausgegangen sind, wenn dieser Fall eintrete, solle er gewisse Rechtsfolgen haben oder die gesetzlichen Rechtsfolgen nicht haben. Das OLG Stuttgart, das, der Wirklichkeit entsprechend, so urteilte [159], mußte sich vom Reichsgericht dahin belehren lassen, seine Auffassung sei zu eng; als Willenserklärung sei das ganze Verhalten der Beteiligten zu berücksichtigen. Dabei wird zugegeben, daß es sich dabei nicht immer um eine Auslegung im streng wissenschaftlichen Sinne, sondern in mancher Beziehung um eine Ergänzung des fehlenden Willens handele [160].

Die Billigkeit kann darnach als Entscheidungsgrundlage erst verwertet werden, wenn sie von den Parteien vereinbart ist. Haben die Parteien an nichts gedacht, so soll man überlegen, was sie gewollt und vereinbart hätten, w e n n sie daran gedacht hätten. Dies kann ich nur aus allgemeinem Gerechtigkeitsempfinden feststellen, denn eine Vereinbarung, die dem widerspräche, wäre ja von vornherein wirkungslos. Letztlich wird also die Entscheidung doch von dem Rechts- und Billigkeitsgefühl getragen. Nicht deswegen entfällt die Haftung, weil auf sie verzichtet wurde, sondern weil es dem Rechts- und Billigkeitsempfinden so entspricht. Dann erweist sich aber der stillschweigende Haftungsverzicht als leere Zwischenschaltung zwischen Gerechtigkeitsempfinden und Entscheidung, die ganz und gar unfruchtbar und daher überflüssig ist. Sie bedeutet ein Zugeständnis an die Herrschaft des Parteiwillens, der hier in Wirklichkeit gar nicht rechtsgestaltend auftritt und deshalb auch zu einem rein gedanklichen Dasein keine Berechtigung hat. Es ist doch schlechterdings nicht einzusehen, warum der Richter den Parteien erst die Vereinbarung einer gerechten Regelung andichten muß, anstatt unmittelbar nach Recht und Gerechtigkeit zu entscheiden. Ueberall sonst gilt im Leben das Sprichwort: „Aus nichts wird nichts"; nur der Jurist kann scheinbar aus dem Nichts, nämlich aus Fiktionen, Recht schöpfen. Denn daß es sich bei der Annahme eines stillschweigenden Verzichts meist um reine Fiktionen handelt, gibt das Reichsgericht selbst zu, wenn es darin die Ergänzung eines f e h l e n d e n Willens sieht und wenn es meint, die Parteien brauchten an einen möglichen Schadensfall gar nicht gedacht zu haben. Man könnte sich mit diesen Annahmen abfinden, wenn die Parteien, nachdem sie das Schicksal auf die streitigen Rechtsfragen gestoßen hat, mit dem Wegfall der Haftung auch einverstanden wären. Das trifft nun gerade nicht zu, sonst würden die Parteien nicht nachher vor Gericht darüber streiten. Die Tatsache eines Rechtsstreits ist zumindest ein Anzeichen dafür, daß eine Willensübereinstimmung unter den Parteien über den Haftungsausschluß nicht vorgelegen hat. Es muß als eine sonderbare

[159] angeführt in RGZ 67, S. 432.
[160] RGZ 67, S. 433/34.

Art, den Parteiwillen auszulegen, bezeichnet werden, wenn man sich in Wahrheit über den Parteiwillen hinwegsetzt. Zudem, wer garantiert dafür, daß die Parteien wirklich immer gerechte Vereinbarungen treffen?

Die Haftung entfällt, weil dies gerecht ist, nicht weil es von den Parteien gewollt ist! Diese Wahrheit muß auch in den Entscheidungsgründen zum Ausdruck kommen. Wir stützen diese konkrete Gerechtigkeitserwägung auf das eigene Verhalten des Verletzten. Weil der Verletzte seinen Schaden selbst verschuldet oder doch mitverschuldet hat oder weil er sich einer Gefahr ausgesetzt hat, darum ist es billig, daß er seinen Schaden ganz oder zum Teil selbst trage. Die oben geschilderten Beispiele, in denen die Rechtsprechung mit stillschweigenden Haftungsverzichten gearbeitet hat, lassen sich alle unter die zwei Gruppen, mitwirkendes eigenes Verschulden oder Gefahrübernahme, einreihen. Allein von hier aus ist die vielumstrittene Haftung bei Gefälligkeitsfahrten auszuschließen oder doch einzuschränken. Dieses rechtserhebliche Verhalten des Verletzten ist tatsächlicher Art, mit irgend welchen rechtsgeschäftlichen Erklärungen hat es nichts gemein.

II. Wegfall der Haftung aus tatsächlichem Verhalten des Verletzten.

1. § 14.

Mitwirkendes Verschulden des Verletzten.

Auch im Schadensersatzrecht müssen einer konkreten Denkweise die Wege geöffnet werden. Dabei handelt es sich allerdings nicht um wertendes Denken in dem Sinn, daß die Handlung nach Recht und Unrecht gewertet würde. Das Werturteil über ein Verhalten steht hier unbestrittenermaßen fest, bedenklich erscheint nur, ob in jedem Fall die Rechtsfolge der Schadensersatzpflicht für das rechtswidrige oder gefährdende Tun eintreten soll. Die konkret gestellte Frage lautet: Erscheint ein Schadensausgleich wirklich gerecht? Soll unter besonderen Umständen der Schade billigerweise nicht an dem Verletzten selbst ganz oder zum Teil haften bleiben?

Schon das Gesetz hat anerkannt, daß ein tatsächliches Verhalten des Verletzten seine Ersatzansprüche beeinflussen kann. Nach § 254 I BGB soll bei mitwirkendem Verschulden des Verletzten insbesondere darauf geachtet werden, wer den Schaden vorwiegend verursacht hat, und dann eine dementsprechende Schadensverteilung vorgenommen werden. Hinter dem § 254 steckt die konkrete Gerechtigkeitserwägung, daß diejenigen den Schaden tragen sollen, denen er zuzuschreiben ist. Hätte dieser alte Rechtsgedanke nicht gesetzliche Form angenommen, so hätte die konstruktionsfreudige Rechtswissenschaft der Vergangenheit diese „Lücke" sicherlich gleichfalls mit stillschweigenden

Haftungsverzichten ausgefüllt. Sie hätte etwa erklärt, wer einen Hund absichtlich reize, der verzichte damit stillschweigend auf etwaige Ersatzansprüche wegen Hundebißschäden. Man könnte so in jedes mitwirkende schuldhafte Verhalten des Verletzten einen stillschweigenden Haftungsverzicht hineindichten. Umgekehrt werden eine Reihe stillschweigender Verzichtsfälle der Rechtsprechung sich bei konkreter Betrachtung als Fälle mitwirkenden eigenen Verschuldens entpuppen.

Das eigene Verschulden des Verletzten wird im Schrifttum vorherrschend in starker Abhängigkeit von den Elementen des eigentlichen Verschuldens erfaßt. In das Selbstverschulden wird derselbe Vorwurf eingekleidet, nämlich eine Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Der Unterschied wird nur im sachlichen Erfolg gesehen: das Selbstverschulden führt zu eigenem Schaden, das eigentliche Verschulden zu Fremdschaden. Es ist deshalb nur folgerichtig, wenn die Zurechnungsfähigkeit zur Voraussetzung des eigenen Verschuldens erhoben wird.[161] Kinder bis zum vollendeten 7. Lebensjahr könnten überhaupt nie für selbstschuldig befunden werden, vom 7. bis zum 18. Lebensjahr käme es auf die jeweilige Einsicht in das Schuldhafte des eigenen Verhaltens an, § 828 BGB. Die Mitverursachung des Schadens durch den unzurechnungsfähigen Geschädigten soll in entsprechender Anwendung des § 829 BGB nur dann Berücksichtigung finden, wenn dies insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten billig erscheint.

Man spürt, wie sehr diese Rechtsschöpfung am Begriff des Verschuldens klebt. Der rechtswissenschaftliche Verschuldensbegriff ist am fremdschädlichen Verhalten ausgebildet worden. Er besagt, daß der Täter vorwerfbar vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Dieser Verschuldensbegriff wird nun auf das in § 254 BGB genannte Verschulden des Beschädigten mechanisch übertragen. Das bedingt, daß nur demjenigen der eigene Schaden zugerechnet werden kann, von dem man hätte verlangen können, daß er den Schaden vermieden hätte. Nur von einem Zurechnungsfähigen kann solches gefordert werden[162].

In früherer Zeit haben vor allem Endemann[163] und Rümelin[164] dieser Begriffstyrannei zu steuern versucht. Nach Endemann ist der Ausdruck „Verschulden des Beschädigten" in § 254 BGB im landläufigen Sinne gemeint und bedeutet darnach soviel wie: „er ist schuld, er hat die Ursache gesetzt oder den Anlaß gegeben.

---

[161] Statt aller Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 16 I, 3 a, S. 76; RG Komm. § 254, 1 a, S. 428.

[162] Zitelmann, Das Recht des Bürgerl. Gesetzbuchs I Allg. T., S. 166 ff. (168/69); Traeger, Kausalbegriff S. 329/30, 334.

[163] Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Bd. I, § 132, 1 b, Anm. 6, S. 757.

[164] Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht, Ziv.A. 90, S. 171 ff., S. 316.

Wir halten diese Auslegung für richtig umsomehr, als das Gesetz selbst, jedenfalls seinem Wortlaut nach, zwischen Verschulden und Verursachen keinen Unterschied macht. Auch Rümelin will die Zurechnungsfähigkeit beim Selbstverschulden ausscheiden, was er durch Schlußfolgerung aus § 829 BGB rechtfertigt.

In neuerer Zeit ist es ein Verdienst Oertmanns [165], auf die Unterschiede zwischen der tatsächlichen Möglichkeit eines Verschuldens und der Haftbarkeit nach den §§ 827/28 hingewiesen zu haben. Die Willensbildung des Täters kann fehlerhaft erscheinen, auch wenn er mangels Zurechnungsfähigkeit nicht zum Schadensersatz herangezogen werden kann. In der Tat wird der psychologisch-normative Verschuldensbegriff der Eigenart des Selbstverschuldens nicht gerecht, ja er ist geradezu falsch. Das zeigt folgende Erwägung: Ein 6jähriges Kind springt einem langsam fahrenden Kraftfahrzeug plötzlich unmittelbar vor die Räder. Das Kind wird vom Wagen noch erfaßt und schwer verletzt, obwohl der Lenker sofort angehalten hat. Hätte nun der Wagenführer eine halbe Sekunde früher den Wagen zum Stehen bringen können, und wäre dadurch das Schlimmste verhütet worden, so trifft ihn ein Verschulden, das aber einen ganz geringen Beitrag zur Entstehung des Schadens geliefert hat im Vergleich mit dem des Kindes. Gleichwohl muß er nach der herrschenden Meinung für den Schaden voll und ganz aufkommen, sofern ein Verschulden Aufsichtspflichtiger nicht in Betracht kommt. Hat der Wagenführer seinen Wagen im frühest möglichen Zeitpunkt zum Stehen gebracht, so trifft ihn nicht das geringste Verschulden. Zu irgend welchem Schadensersatz kann er überhaupt nicht herangezogen werden. Das Kind, bzw. seine Eltern müssen den Schaden ganz allein tragen. Freilich kommt hier nicht eine Anwendung des § 254 in Betracht, wohl aber wird man sagen, das Kind habe seinen Schaden selbst verschuldet. Der rechtliche Gehalt des Selbstverschuldens muß erfaßt werden unabhängig davon, ob es als mitwirkendes Verschulden zu einem Fremdverschulden hinzutritt. Auf sich allein gestellt zeigt das Selbstverschulden den Kern seines Wesens deutlicher. Es ist klar geworden, daß es nicht von der Zurechnungsfähigkeit abhängt: denn das alleinschuldige Kind kann den Schaden auf niemand abwälzen. Auch § 829 BGB zeigt, daß der Unzurechnungsfähige unter Umständen zum Schadensersatz herangezogen wird. Wenn er dort sogar für Fremdschaden verantwortlich gemacht wird, wie viel mehr muß ihm für seinen eigenen Schaden die Verantwortung aufgebürdet werden. Wenn nun die bisher übliche Meinung bei Hinzutreten des geringsten Verschulden eines andern diesen zu vollem Schadensersatz verurteilt, so setzt sie sich in Widerspruch zu Grundanschauungen des Rechts, sie

[165] Schuldverhältnisse, § 254, 2 f γ, S. 85; Seuff. Bl. 74, S. 583 ff. Privatrechtsschutz gegenüber Unzurechnungsfähigen.

zieht jemand zur Verantwortung für das Verhalten eines andern, zu dem er in keinerlei rechtlichen Beziehungen steht und auf dessen Verhalten er auch keinerlei Einfluß ausübt. So wenig man den A dafür einsperren kann, daß B gestohlen hat, so wenig kann man jemand zum Ersatz des vollen Schadens verurteilen, von dem er gleichsam nur den vierten Teil verschuldet hat. Mögen auch die schlimmsten Sünden durch eine entsprechende Anwendung des § 829 BGB hinterher ausgeglichen werden, so bleibt doch die Forderung aufrecht erhalten, solche Fehler von vornherein gar nicht zu begehen.

Das Selbstverschulden ist rechtlich zunächst als ein Selbstverursachen zu kennzeichnen. Auch hier gilt natürlich nicht der Ursachenzusammenhang im philosophischen Sinn. Das Verhalten des Beschädigten muß bei Beurteilung nach allgemeinem Erfahrungswissen generell geeignet gewesen sein, die Verletzung herbeizuführen oder zu begünstigen. Dies allein genügt jedoch nicht — insofern haben die Vertreter des Verschuldungsgedankens recht —, sonst wäre jeder Verkehrsteilnehmer am eigenen Unfall von vornherein mitschuldig. Das ursächliche Verhalten muß zugleich fehlerhaft sein, nicht hinsichtlich einer Willensbildung, sondern es muß rein äußerlich betrachtet als unzweckmäßig erscheinen, „als Abweichung von dem für wirtschaftliches und soziales Verhalten durch die Lebensanschauung vorgezeichneten Handlungsprogramm“ [166]. Selbstverständlich ist das Verhalten dessen, der mitten auf einer belebten Straße plötzlich bewußtlos umsinkt, nicht zweckmäßig. Eine Willensbildung braucht diesem Verhalten also nicht zugrundezuliegen. Die Selbstbeschädigung ist nicht immer Ausdruck eines Willens, man kann sich auch in bewußtlosem Zustand selbst Schaden zufügen. Die Willensfähigkeit des Verletzten ist gleichwohl nicht unerheblich. Das von einem Willen getragene Verhalten wiegt schwerer als das mitursächliche Verhalten des Willenlosen. Dabei kommt es, da es sich um Selbstschädigung handelt, der Gedanke der Haftbarkeit also ausscheidet, auf den rein tatsächlichen Willen an, der von der Geschäftsfähigkeit oder der Deliktsfähigkeit gänzlich unabhängig ist. Das 6jährige Kind kann sehr wohl einen solchen Willen haben, es reizt etwa einen Hund, von dem es dann gebissen wird. Der das Selbstverschulden tragende Wille des Verletzten ist immer fehlerhaft sowohl vom Standpunkt des wohl verstandenen eigenen Interesses des Verletzten selbst aus betrachtet, wie auch von dem des Mithaftenden aus, dessen Mitverschulden oder dessen Gefährdung der verwerfliche Wille auslöst. Eine nochmalige Erschwerung des Selbstverschuldens tritt dann ein, wenn man von dem Beschädigten hätte verlangen können, daß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet und so den eigenen Schaden abgewendet hätte. Dabei ist auch an die Verletzung einer Aufsichts-

[166] Heck, Schuldrecht § 14, 3, S. 46.

pflicht, § 832 BGB, zu denken. Je mehr das selbstursächliche schädigende Verhalten durch eine Willenskraft des Geschädigten bedingt ist, desto größer wird der Beitrag des Verletzten selbst zur Entstehung seines Schadens im Vergleich zu dem mitverantwortlichen Schadensurheber. Bilden somit die Begriffsmerkmale des eigentlichen Verschuldens auch keinen wesentlichen Bestandteil des Selbstverschuldens, so verleihen sie ihm doch eine beachtliche Zunahme seines Gewichts. Es zeigen sich somit drei Stufen mitwirkenden Verschuldens: Willenloses Mitverschulden, gewolltes und zurechenbar gewolltes Mitverschulden.

Dieselben Grundsätze gelten für das die Gefährdungshaftung einschränkende mitwirkende Verschulden des Verletzten, § 1 RHG, § 9 KFG, § 20 LVG.

Die hier entwickelten Grundsätze über das Selbstverschulden hätten in dem oben erwähnten Weinreise-Urteil des Reichsgerichts Anwendung finden müssen. Wer sich einem betrunkenen Kraftfahrer zur Beförderung anvertraut, verhält sich zweifellos sehr unzweckmäßig, ist also an Schäden, die er durch das leichtsinige Fahren des Betrunkenen erleidet, mitschuldg. Ist der Fahrgast ein 6jähriges Kind, das die Betrunkenheit des Fahrers gar nicht erkannt hat oder doch die Bedeutung dieses Zustandes für die Fahrsicherheit nicht ermessen kann, so wiegt das mitwirkende Verschulden des verletzten Kindes, falls nicht die Verletzung einer Aufsichtspflicht nach § 832 BGB mithereinspielt, so leicht, daß es bei einem Abwägen gegenüber dem echten Verschulden des Fahrers nach § 254 gar nicht ins Gewicht fällt. Hat der Fahrgast sich in vollem Bewußtsein von der Betrunkenheit des Wagenführers befördern lassen, so belastet ihn sein Mitverschulden erheblich mehr, so daß sich nun die Frage erhebt, inwieweit der Schade vorwiegend von dem Fahrgast oder dem Fahrer verursacht wurde. Anstatt nun die Haftung des Fahrers restlos auszuschließen, wozu das Reichsgericht durch die Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts gezwungen ist, dürfte ein Schadensausgleich nach Bruchteilen, wie ihn § 254 ermöglicht, zu billigeren Ergebnissen führen. Wir halten es für gerechter, daß der betrunkene Fahrer den wenn auch kleineren Teil des Schadens dem Verletzten zu ersetzen hat. Dem Fahrgast wäre, wenn er sich auf der Heimfahrt nicht mehr hätte mitnehmen lassen, nichts anderes übrig geblieben, als im Gasthaus zu übernachten und am andern Tag obendrein noch die Rückfahrt zu bezahlen. Er wäre, hätte er sein Mitverschulden nicht riskiert, infolge erhöhter Auslagen ebenfalls geschädigt worden. Unter diesen Umständen kann das mitwirkende Verschulden des Verletzten nicht für so überwiegend geachtet werden, daß das Verschulden des Fahrers für die Ersatzhaftung gar nicht in Frage käme. Die Anwendung des § 254 BGB ermöglicht jede Anpassung der Entscheidung an die begleitenden Umstände.

Das eigene Verschulden kann nach § 254 BGB auch darauf beruhen, daß der Beschuldigte es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Besondere Bedeutung hat die Frage erlangt, inwieweit die Weigerung des Verletzten, sich ärztlichen operativen Eingriffen zu unterziehen, als mitwirkendes Verschulden auszulegen ist. Eine Operation kann verschiedene Zwecke verfolgen [167]: Sie kann erforderlich sein, um den Umfang der Verletzung feststellen zu können, zu diesem Zweck muß vielleicht ein Stück Gewebe herausgeschnitten werden. Für gewöhnlich soll sie der unmittelbaren Heilung dienen, z. B. wenn die Wunde genäht werden soll oder wenn Knochensplitter auf operativem Wege zur Verhütung von Eiterbildung entfernt werden müssen. Eine Operation kann auch einer weiteren Ausbreitung des Leidens steuern, z. B. ein verletztes Auge muß herausgenommen werden, soll das andere nicht ebenfalls erkranken, wodurch vollständige Blindheit drohte. Nach Ablauf des unmittelbaren Heilungsvorgangs kann eine Operation notwendig werden, es muß vielleicht ein bereits geheilter, aber schief zusammengewachsener Knochen noch einmal auseinandergebrochen werden. Häufig und für die Schadenshaftung besonders wichtig sind Operationen zur Wiederherstellung oder doch Erhöhung der Arbeitsfähigkeit des Verletzten.

Das Reichsgericht hat bestimmte Einzelsätze darüber aufgestellt, wann es die Weigerung einer Operation als mitwirkendes Verschulden ansieht [168]:

„Zunächst muß die Operation nach dem Gutachten von Sachverständigen gefahrlos sein und zwar in dem Sinne, wie überhaupt nach dem jeweiligen Stand der ärztlichen Wissenschaft von einer Gefahrlosigkeit gesprochen werden kann, d. h., soweit nicht unvorhersehbare Umstände eine Gefahr bedingen". Die Gefährlichkeit einer Operation nimmt mit dem Fortschreiten der medizinischen Wissenschaft ab. Während früher die in der Chloroformnarkose vorgenommene Operation für gefährlich galt, weil die Möglichkeit eines tödlichen Ausgangs im voraus nicht mit Sicherheit auszuschließen war, — so in der Entscheidung RGZ 83, S. 15 ff. —, macht heute die allgemeine Narkose die Operation für gewöhnlich noch nicht zu einer gefahrvollen [169]. „Die Operation darf ferner nicht mit nennenswerten Schmerzen verknüpft sein". „Sodann muß die Ausführung der Operation nach dem Gutachten von Sachverständigen mit Sicherheit eine beträchtliche Besserung der Leistungsfähigkeit des Verletzten erwarten lassen, also entweder eine völlige Wiederherstellung oder we-

[167] Zitelmann, Operationsweigerung und eigenes Verschulden, Arch. für Bürgerl. R. Bd. 40, S. 213 ff. (214).

[168] RGZ 83, S. 15 ff., woraus die folgenden Leitsätze angeführt sind, und ständige Rechtsprechung. Neuere Entscheidungen: RGZ 129, S. 398; 139, S. 131.

[169] RGZ 139, S. 131 (134).

nigstens eine sehr erhebliche Steigerung seiner Erwerbsfähigkeit". „Endlich muß der Schadensersatzpflichtige dem Verletzten zu erkennen gegeben haben entweder, er sei bereit, die Operation auf seine Kosten an geeigneter Stelle und durch sachkundige Personen ausführen zu lassen, oder die Kosten für die Operation vorzuschießen, die dann der Verletzte selbst zu erwirken hat."

Diese Leitsätze wurden aufgestellt für Operationen zur Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit des Verletzten. Letzten Endes werden auch Operationen, die nur die Verletzung näher untersuchen sollen, um darnach die richtige Heilbehandlung anschließen zu können, und Operationen zur unmittelbaren Heilung der Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit dienen und so der Anwendbarkeit der höchstrichterlichen Leitsätze offen stehen. Aber selbst, wo dieser Gesichtspunkt wegfällt, weil der Verletzte nie mehr leistungsfähig werden kann, sind die Leitsätze genau so anwendbar. Durch die Weigerung der Operation wurde vielleicht eine rascher zur Heilung führende Behandlung vereitelt. Die Arztkosten für die umständliche langwierige Heilbehandlung sind erheblich höher. Der Ersatzpflichtige muß diesen erhöhten Heilungskosten gegenüber ebenso den Einwand des mitwirkenden Verschuldens des Verletzten erheben können.

Die Erwägung, daß die Gesundheit wertvollstes Gut des einzelnen und der Volksgemeinschaft darstellt, dürfte es rechtfertigen, daß das mitwirkende Verschulden in Gestalt der Operationsweigerung noch eine weitere Ausdehnung erfährt. Wer eine gefahrlose, sicher zum Erfolge führende Operation ablehnt, weil sie schmerzhaft ist, muß sich ebenfalls einen Abzug an seinen Schadensersatzforderungen gefallen lassen. Für die Schmerzen einer Operation kann der Geschädigte aber eine billige Geldentschädigung verlangen, § 847 I BGB. Im übrigen ermöglichen die oben entwickelten Arten des mitwirkenden Verschuldens, gewolltes und vorwerfbar gewolltes Mitverschulden, eine jedem Fall angepaßte Gewichtsabstufung im Verhältnis zum Verschulden des Verletzers. Wer eine Operation aus Scheu vor großen Schmerzen verweigert, dem kann man aus seiner Ablehnung jedenfalls dann keinen großen Vorwurf machen, wenn Erfolgsaussicht und Gefahrlosigkeit vielleicht nur mit 60 % iger Wahrscheinlichkeit bestehen. Immerhin bleibt sein Verhalten rein sachlich unzweckmäßig.

Aber auch bei allergünstigsten Aussichten wird die Weigerung einer schmerzvollen Operation keinen schweren Vorwurf begründen können und deshalb, wenn nicht noch andere verwerfliche Beweggründe, etwa Rentensucht, hinzutreten, immer ein leichtwägendes Mitverschulden darstellen.

Auf die Schwere des mitwirkenden Verschuldens ist auch der vielleicht geschwächte seelische Zustand des Verletzten von Einfluß. Die Operationsweigerung eines Verletzten, dessen Entschlußkraft durch

einen kranken Nervenzustand beeinträchtigt ist, ist viel leichter zu nehmen als die Weigerung des seelisch Vollkräftigen [170].

Eine Pflicht, sich notfalls operieren zu lassen, soll damit nicht befürwortet werden. Der einzelne hat die freie Entscheidung darüber, ob er so schwere körperliche Eingriffe wie die einer Operation bei sich vornehmen lassen will. Das Streben des einzelnen nach bestmöglicher Gesundheit wird in den meisten Fällen einem jeden das richtige Verhalten vorschreiben. Auch wo die Weigerung der Operation die Ersatzansprüche mindert, wird keine Operationspflicht festgestellt. Dem Verletzten bleibt immer die freie Wahl, ob er sich operieren lassen oder sich mit geminderten Ersatzansprüchen zufrieden geben will. Diese Regelung läßt dem Verletzten Handlungsfreiheit, während sie andererseits den Verletzer vor unbilligen Ersatzpflichten schützt.

§ 15.

Das Handeln auf eigene Gefahr.

Durch die Anerkennung eines Handelns auf eigene Gefahr hat das Reichsgericht schon früh einen beachtlichen Anlauf zu konkretem Gerechtigkeitsdenken genommen. Den Ansatz zu diesen Gedanken gab die strittige Ersatzfrage bei einer Gefälligkeitsfahrt auf einem Pferdefuhrwerk. Das Reichsgericht meint [171], der Kläger habe die Gefahr von Unfällen, die ihm während der Fahrt infolge willkürlichen Tuns der Pferde ohne Verschulden des Beklagten zustoßen sollten, auf sich genommen; damit habe der Kläger bewußterweise auf eigene Gefahr gehandelt. Zwar fände sich im BGB kein positiver Ausdruck dieses Rechtsgedankens, er entspreche jedoch einer allgemeinen, im Rechtsleben herrschenden Anschauung, und seine Verwendung sei wohl geeignet, einem gerechten Ausgleich gegenüber einer Gefährdungshaftung zu dienen. Es bedürfe nicht erst der Konstruktion eines vertragsmäßigen Uebereinkommens oder Verzichtes.

Leider blieb die Gefahrübernahme nicht als konkreter Rechtsgedanke, als der er ins Leben getreten war, erhalten. Das Streben nach mechanischer Gesetzesanwendung hat gesiegt und die Gefahrübernahme deshalb in das Paragraphennetz des Bürgerlichen Gesetzbuchs einzufangen versucht. Man führte die Gefahrübernahme darauf zurück, sie enthalte eine Mitursache zu der vom Ersatzpflichtigen zu vertretenden Schädigung und entlaste diesen daher von der uneingeschränkten Haftung gemäß § 254 BGB [172]. Rein naturgesetzlich betrachtet hat derjenige, der sich in Gefahr begeben hat, seine Beschädigung dadurch mitverursacht. Das rechtfertigt jedoch noch nicht

[170] Vgl. RGZ 139, S. 135.
[171] RG Warn. 1909, Nr. 357, S. 328/29. Seuff. A. 65, S. 50.
[172] Krückmann, Die Gefälligkeitsfahrt, J.W. 1932, S. 3688 ff. (3691).

eine Verteilung des Schadens nach § 254 BGB. Der Inhalt des Mitverschuldens besteht ja, wie wir dargelegt haben, nicht in einem reinen adäquaten Mitverursachen, sondern in einem mitursächlichen, wenigstens objektiv fehlerhaften Verhalten. Nicht jede Selbstgefährdung ist rechtlich fehlerhaft. Eine Rechtsanwendung, welche die Gefahrübernahme zum mitwirkenden Verschulden rechnet, entspricht dem Wunschbild des schlechthin gefahrlosen Lebens. Sie mißbilligt ein Verhalten allein deshalb, weil es gefährlich ist. Weil wir uns heute von diesem Lebensideal entfernt haben, können wir auch nicht in jedem selbstgefährdenden Verhalten unterschiedslos ein mitwirkendes Verschulden erblicken.

Das Reichsgericht hat gerade neuerdings seinen eigenen, konkret erfaßten Rechtsgedanken durch einen Rückfall in konstruktives Denken verfälscht. Es stand zur Entscheidung, ob ein Minderjähriger auf eigene Gefahr handeln könne. Das Reichsgericht ist nun einer schon früher von Flad[173] vertretenen Auffassung gefolgt: die Gefahrübernahme sei eine Einwilligung in eine mögliche Verletzung[174]. Mit dieser dem Verletzten angedichteten Einwilligung, einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, lassen sich zwar sichere Ergebnisse auf einfache Weise erzielen, sie müssen sich dafür aber auch den Vorwurf der Paragraphenabhängigkeit gefallen lassen[175]. Schon das erste Urteil, das mit der rechtsgeschäftlichen Einwilligung arbeitet (RGZ 141, S. 262 ff.) kommt zu dem offenbar unbilligen Ergebnis, daß ein Primaner mangels Volljährigkeit nicht auf eigene Gefahr handeln könne. Unrichtig ist aber auch die Umschreibung Lambert-Brockmanns[176], das Handeln auf eigene Gefahr sei eine einseitige, empfangsbedürftige, von der Kausalität derart rein tatsächlich überdeckte Willenserklärung, daß der rechtsgeschäftliche Wille außer Betracht bleiben könne. Denn der Gefahrübernehmende erklärt nicht einen Willen, sondern er handelt irgendwie tatsächlich, er setzt sich ohne Notwendigkeit freiwillig und bewußt einer Gefahr aus.

Einen neuartigen, allerdings mißglückten Versuch unternimmt Louis, der den Gefährder und den Verletzten zu einer Gefahrengemeinschaft verbindet und daraus den Wegfall der Haftung des Gefährders herleitet[177]. Er will damit den Fahrer, der einen Volksgenossen aus Gefälligkeit unentgeltlich mitnimmt, von jeder Haftung freizeichnen, was angeblich allein ein billiges Ergebnis darstelle. Lasse man den gefällgen Fahrer haften, so werde dieser für seine Freundlichkeit sozusagen noch bestraft. Aus der Gemeinschaft zwischen Fahrer und Fahrgast ergebe sich die Verpflichtung des Letzteren,

---

[173] Handeln auf eigene Gefahr, „Recht" 1919, Sp. 13 ff. (Sp. 16).
[174] RGZ 141, S. 262 (265); RG J.W. 1934, S. 2033 (2035).
[175] Lambert-Brockmann in der Anm. zu RG J.W. 1933, S. 2389.
[176] a. a. O. S. 2390.
[177] Gefälligkeitsfahrt!, J.W. 1936, S. 425—428.

das Los seines Fahrers zu teilen und nicht besser gestellt zu sein, als dieser selbst, von dem er die Gefälligkeit verlangt habe. Infolge der Gefahrengemeinschaft könne auch ein leichtsinniger Fahrer nicht zur Rechenschaft gezogen werden. Solchen Verzerrungen des Gemeinschaftsgedankens muß mit aller Schärfe entgegengetreten werden. Das Ergebnis scheint wohl bei einer Gefälligkeitsfahrt tragbar, aber in einer Gefahrengemeinschaft steht ja nicht nur derjenige,, der eine Gefälligkeit in Anspruch nimmt. Wer sich mit dem Omnibus eines Verkehrsunternehmers befördern läßt, teilt die Gefahren des Wagenführers genau so. Landet der Omnibus im Straßengraben, weil sein Lenker nicht aufgepaßt hat, so folgte aus der Gefahrengemeinschaft der Ausschluß jeglicher Haftung, aus dem Beförderungsvertrag dagegen hätte der Unternehmer Schadensersatz zu leisten. Was soll nun gelten? Eine weitere Unstimmigkeit besteht, wenn Halter und Führer auseinanderfallen. An der Gefahrengemeinschaft nimmt ja nur der Führer teil. Der Halter könnte also in Anspruch genommen werden, nur weil er nicht selbst gefahren ist. Man kann den Gemeinschaftsbegriff auch an der falschen Stelle einsetzen! Gewiß treten Fahrer und Fahrgast in eine engere Gemeinschaft zueinander, aber nicht die Gefahrengemeinschaft ist das rechtlich Bedeutsame, sondern die Fahrgemeinschaft. Und aus dieser Fahrgemeinschaft erwächst dem Fahrer die Pflicht, seinen Gast in Obhut zu nehmen und ihn wohlbehalten ans Ziel zu bringen. Es wäre eine sonderbare Gefälligkeit, die den Kraftfahrer von der Verantwortung für Leben und Gesundheit seines Gastes befreite. Wer diese Verantwortung scheut, der muß es eben unterlassen, einen andern Volksgenossen in seinem Wagen mitzunehmen; der Vorwurf der Ungefälligkeit trifft den verantwortungsscheuen Kraftfahrer mit Recht.

Wer auf eigene Gefahr handelt, setzt sich wissentlich einer vermeidbaren, von niemand verschuldeten Gefahr aus, obwohl ihn ein rechtliches und sittliches Gebot dazu nicht verpflichtet [178]. Ihr Wesen ist ein tatsächliches Verhalten des Verletzten, das keine Willenserklärungen birgt. Von Gefahrübernahme kann nur da gesprochen werden, wo aus der Sachlage von selbst eine Gefahr sichtbar wird, ohne daß jemand an dieser Gefahr schuldig wäre, und der Bedrohte die Gefahr erkannt hat. Dieses eigene Verhalten des Verletzten stellt die Gerechtigkeit einer Haftung des Gefährders in Zweifel, mag auch der gesetzliche Haftungstatbestand äußerlich erfüllt sein. Es entspricht allgemeinem Rechtsempfinden, daß derjenige, der sich unter solchen Umständen in Gefahr begibt, darin umkommt, d. h. daß er den Schaden nicht auf einen andern abwälzen kann. Nur die Gefährdungshaftung wird dem Schadensurheber dadurch abgenommen. Aus die-

[178] RG Komm. § 254, 5, S. 435/36; § 833, 7 c, S. 675; RGZ 130, S. 162 (169).

sem Grunde haftet der Tierhalter, der aus Gefälligkeit jemand auf seinem Fuhrwerk mitnimmt, nicht für unverschuldete Tierschäden; es bedarf keines stillschweigenden Haftungsverzichts. War der Tierhalter gegen derartige Schäden versichert, und dem Fahrgast diese Tatsache bekannt, so kann dies auf eine besondere stillschweigende Haftungsabrede hindeuten.

Die Gefahrübernahme unterscheidet sich scharf vom mitwirkenden Verschulden. Dieses begreift immer ein sachlich fehlerhaftes Verhalten in sich. Wer auf eigene Gefahr handelt, verhält sich dagegen durchaus verkehrsgemäß. Deshalb kann eine schuldhafte Verletzung nie mit einer, die Haftung ausschließenden Gefahrübernahme zusammentreffen. Hat etwa der Beschädigte erkannt, daß der Ersatzpflichtige ihn möglicherweise schuldhaft verletzen werde und hat er sich gleichwohl dem Ersatzpflichtigen anvertraut, so ist sein Verhalten fehlerhaft. Zu schuldhaften Verletzungen paßt also auf der geschädigten Seite nur ein mitwirkendes Verschulden. Das fehlerhafte Verhalten des Geschädigten wird zum Alleinverschulden, wo der Schadensurheber nur für Gefährdung haften würde.

Auf den ersten Blick könnte es unbefriedigend erscheinen, daß der Gefahrübernehmende, der verkehrsgemäß handelt, den Schaden ganz und allein tragen soll, während der mitschuldige Verletzte, der fehlerhaft gehandelt hat, den Schaden teilweise ersetzt bekommt. Darin liegt jedoch keine Unbilligkeit. Man muß immer den Schadensurheber und den Beschädigten zusammensehen, nicht als isolierte Personen. Wenn der Mitschuldige besser gestellt sein kann, so rührt das daher, daß auf der andern Seite ebenfalls ein Schuldiger steht, der für den Schaden verantwortlich ist. Eine Schuld, die auf mehrere umgelegt werden kann, trifft den einzelnen naturgemäß leichter.

Die Gefahrübernahme setzt keine Geschäftsfähigkeit voraus, da sie ja mit rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen nichts zu tun hat. In der Natur der Gefahrübernahme liegen aber schon gewisse Altersanforderungen begründet. Auf eigene Gefahr handelt nur, wer die Gefahr auch erkannt hat. Dazu gehört eine gewisse Lebenserfahrung. Bei einem Kind unter 12 Jahren wird man diese im Allgemeinen nicht voraussetzen dürfen. Bei Unzurechnungsfähigen kann aber ein Verschulden aufsichtspflichtiger Personen die Gefährdungshaftung nach § 254 BGB einschränken.

Kraftfahrer, die regelmäßig fremde Personen befördern, bringen in ihrem Wagen häufig ein Schild an mit der Aufschrift: „Sie fahren in diesem Wagen auf eigene Gefahr". Dieser Wortlaut darf nicht zu einer Verwechselung mit der Gefahrübernahme verleiten. Welche Gefahr sollte auch übernommen werden? Die Betriebsgefahr trägt der Insasse ohnedies nach § 8 KFG, für Verschuldungsgefahr paßt der von uns entwickelte Gefahrübernahmebegriff nicht. Was der Beförderer mit dem Schild zum Ausdruck bringen will, ist klar: Er will

für Schäden aus einem etwaigen Unfall keinen Ersatz leisten. Die Erklärung ist ein Vertragsangebot an jeden, der den Wagen zwecks Beförderung betritt [179]. Wer das Schild liest, ohne Widerspruch zu erheben und die Beförderung allenfalls abzubrechen, nimmt damit das Vertragsangebot des Halters, daß die Haftung ausgeschlossen sein solle, an, — hier können wir mit Recht von einer stillschweigenden Verzichtserklärung sprechen. Der Fahrgast muß allerdings das Schild gelesen haben, und dies wird umso leichter zu beweisen sein, je auffallender und leserlicher das Schild im Wagen angebracht ist.

III. § 16.

Die Haftung für Drittschaden.

Die Fiktion des stillschweigenden Verzichts erweist sich insbesondere unglücklich beim Wegfall der Haftung auch gegenüber Drittgeschädigten. Sie führt dort zu toller Gesetzesvergewaltigung. Bekanntlich gewährt das Bürgerliche Gesetzbuch den Familienangehörigen, denen durch die Körperverletzung die Mithilfe des Verletzten im Hauswesen oder sonst genommen ist, Schadensersatzforderungen gegen den Verletzer, § 845 BGB. Dabei handelt es sich um rechtlich selbständige, in der Person dieser Geschädigten von vornherein entstandene Ansprüche [180]. Durch ein Rechtsgeschäft, das der Verletzte mit dem Schuldigen abschließt, etwa einen Ersatzverzicht oder einen Vergleich, können die Entschädigungsansprüche Dritter dank ihrer Selbständigkeit nicht berührt werden [181]. Dies unterliegt keinem Zweifel, wenn der Verletzte erst nachträglich auf Schadensersatz verzichtet; die Wirkung des Verzichts trifft nur die Person des Verzichtenden [182]. Dasselbe müßte nun für die Fälle des Vorausverzichtes gelten. Hier gerät eine Rechtsprechung, die sich den Wegfall der Haftung nur rechtsgeschäftlich, aus angeblich stillschweigenden Verzichten erklären kann, in arge Schwierigkeiten. Es ist klar, daß der Verletzte durch eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung nicht Rechte Dritter ohne deren Vollmacht treffen und gestalten kann. Andererseits erscheint es gerade in den Fällen, in denen das Reichsgericht mit stillschweigenden Haftungsverzichten arbeitet, unbillig, wie das Reichsgericht selbst bemerkt [183], wenn der Verletzer zwar nicht dem Verletzten, aber doch dessen dienstberechtigten Angehörigen für den ihnen

[179] Das RG glaubt, der Fahrgast, dem vorher keine Mitteilung über den Haftungsausschluß gemacht worden sei, könne regelmäßig nicht annehmen, daß die Aufschrift des Schildes als eine ihm gegenüber abgegebene Willenserklärung des Halters gelten solle (RGZ 145, S. 395). Wem gegenüber soll die Erklärung denn sonst abgegeben sein?

[180] RGZ 55, S. 24 (31).

[181] Vgl. Motive z. Entwurf eines BGB, Bd. II, S. 773.

[182] Vgl. RG Komm. § 844, 1, S. 716.

[183] RGZ 65, S. 313 (317).

mittelbar entstandenen Schaden aufkommen müßte. Der Verletzte könnte deshalb, weil er Familie hat, geschäftlich geradezu behindert sein. So wird einem Zureiter, der für die ihm drohende Tiergefahr nicht nach allen Seiten hin einzustehen bereit ist, so leicht niemand sein Pferd zum Zureiten oder Einfahren anvertrauen [184]. Könnte die Tierhalterhaftung gegenüber den Angehörigen ohne deren Mitwirkung nicht ausgeschlossen werden, so wäre ein Zureiter als Familienvater in seinem wirtschaftlichen Fortkommen sehr behindert, und die Angehörigen erst recht geschädigt. Man muß also zu dem Ergebnis gelangen, daß auch die Ersatzansprüche Drittgeschädigter wegfallen. Eine stillschweigende Verzichtserklärung des unmittelbar Betroffenen vermag aber nie und nimmer in den Rechtskreis Dritter einzugreifen. Wenn Rechtsprechung und Lehre trotz ihrer verfehlten Ausgangsstellung zu billigen, dem Verkehrsbedürfnis entsprechenden Entscheidungen kommen, so nur durch eine wortsklavische, gekünstelte, dazu auf offensichtlich falschen Wegen gehende Rechtsfindungsmethode. Das Reichsgericht [185] klammert sich an den Wortlaut der §§ 844, 845 BGB, wo von einem „Ersatzpflichtigen" die Rede ist. Damit sei vorausgesetzt, daß eine andere Ersatzpflicht, gegenüber dem Verletzten selbst, bereits bestanden habe, oder daß doch wenigstens die Voraussetzungen für die Entstehung einer solchen Ersatzpflicht gegeben gewesen seien. Hat also, so wird gefolgert, eine Ersatzpflicht gegen den unmittelbar Verletzten nie entstehen können, weil dieser schon im voraus darauf verzichtet hat, so fehlt es eben an einem „Ersatzpflichtigen"; unter den § 845 kann ein solcher Tatbestand nicht gebracht werden.

Der Verfasser der fraglichen Gesetzesparagraphen hat wohl schwerlich daran gedacht, welch weitgreifende rechtliche Regelung er getroffen hat allein dadurch, daß er statt des Begriffes „Verletzer" oder „Schädiger" den Begriff „Ersatzpflichtiger" gewählt hat. Der Gesetzesverfasser hat sich für diese Bezeichnung sicherlich nur deshalb entschieden, weil sie den Körper und Gesundheit Verletzenden, den Freiheit Beraubenden und den Tötenden umfaßt. Es lag ihm aber fern, durch diese Begriffswahl zugleich die Ansprüche Dritter bei stillschweigendem Verzicht des unmittelbar Verletzten zu regeln.

Dem höchsten Gericht ist es bei dieser Wortjurisprudenz selbst nicht wohl. Es zieht deshalb als Stütze für seine Entscheidung den § 846 heran. Dort heißt es, daß ein mitwirkendes Verschulden des unmittelbar Verletzten auch bei Drittschaden nach § 254 BGB anzurechnen ist. Daraus schöpft das Reichsgericht als allgemeinen Rechtsgedanken den Satz, daß in gleichem Maße, wie die eigenen Ansprüche des Verletzten in der Entstehung von seinem Verhalten

---

[184] Vgl. RG J.W. 1905, S. 143 [22].

[185] RGZ 65, S. 313 (316/17).

beeinflußt werden können, so nicht minder die Ansprüche seiner nur mittelbar geschädigten Angehörigen einer von seinem Verhalten ausgehenden Einwirkung ausgesetzt sind [186]. Mit diesem richtig erfaßten allgemeinen Rechtsgrundsatz hat das Reichsgericht beim hier zur Erörterung stehenden Haftungsverzicht einen Mißgriff getan, was aus mechanischem Rechtsdenken zu erklären ist. Wir gehen davon aus, daß Körperverletzung mit dem Unwerturteil „rechtswidrig" behaftet ist. Die Prüfung der Schuldfrage ergibt, wem diese Rechtswidrigkeit zuzurechnen ist. Mitwirkendes Verschulden besagt, daß der Verletzte seine Verletzung sich zum Teil selbst zuzuschreiben und einen entsprechenden Teil seines Schadens deshalb selbst zu tragen hat. Nur soweit das Verhalten des Verletzten dem Werturteil über die Verletzung und der Zurechnung der Verletzung eine bestimmte Richtung gibt, hat dies auch Einfluß auf die Ersatzansprüche Dritter aus dieser Verletzung. Mehr kann sich aus § 846 in Verb. mit § 254 nicht ergeben. Ein Verhalten des Verletzten, das weder im Werturteil über die Tat noch in ihrer Zurechnung etwas ändert, wie ein Verzicht des unmittelbar Geschädigten auf Ersatzansprüche, vermag den Forderungen Drittgeschädigter nichts anzuhaben.

Wir finden so am Drittschadensrecht bestätigt, daß der Haftungsausschluß aus stillschweigendem Verzicht anstatt aus wirklichkeitsnaher Gerechtigkeitserwägung eine Fehlkonstruktion ist. Man muß Recht und Gesetz biegen und pressen, will man aus einem Verzicht des Verletzten den Wegfall der Haftung auch gegenüber Drittgeschädigten begründen. Wirklichkeitsnahes Gerechtigkeitsdenken macht diese zweifelhafte Rechtsschöpfungsart überflüssig. Wo immer eine Verschuldungs- oder Gefährdungshaftung des Verletzers ungerecht erscheint, da gibt ein tatsächliches Verhalten des Verletzten den Anlaß, die gesetzliche Haftung für ungerecht zu empfinden. Und dieses Verhalten ist rechtlich einzureihen in die beiden Gruppen des mitwirkenden Verschuldens oder der Gefahrübernahme. Unter diese beiden, der Wirklichkeit abgelauschten, nicht bloß erdachten Verhaltensgruppen werden sich alle Lebensvorgänge mit Körperverletzungen, die bisher nur durch die Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichtes gerecht entschieden wurden, einreihen lassen. Nun ist der Weg frei für den Rechtsgedanken des § 846, daß die Ansprüche Drittgeschädigter abhängig sind vom Verhalten des unmittelbar Verletzten. Wo dieses, wie das Handeln auf eigene Gefahr, den ganzen Schaden dem Verletzten zuschiebt, da sind auch Drittgeschädigte näher am Schaden als der Gefährder. Auch sie können deshalb keine Ersatzforderungen stellen. Eine starre Regel empfiehlt sich aber nicht. Zur Vermeidung unbilliger Härten wird man, entsprechend § 829 BGB.

[186] RGZ 65, S. 318.

den Angehörigen des Verletzten im Einzelfalle gleichwohl eine Entschädigung zuerkennen müssen.

Einem Verzicht des Verletzten können Drittgeschädigte sich anschließen, ihrerseits ebenfalls auf alle Ansprüche gegen den Schädiger Verzicht leisten. Tun sie das aber nicht, so bleiben ihre Ersatzforderungen bestehen. Dies erscheint nicht unbillig. Denn einen Verzicht anerkennen wir ja nur da, wo ohne ihn die Haftung des Schädigers als durchaus gerecht empfunden würde. Sobald man den Verzicht nicht mehr zum Lückenbüßer herabwürdigt, um den Besonderheiten des einzelnen Falles gerecht werden zu können, sondern die Eigenart gerade des Verzichts als alleinigen Haftungsausschlußgrund in einem einzelnen Fall würdigt, halten wir es in Ordnung, daß nur die Parteien des Verzichtsvertrages von diesem betroffen werden.

Lebenslauf.

Am 22. August 1913 bin ich in Stuttgart geboren als Sohn des Amtsgerichtspräsidenten Hans Kuohn. Ich besuchte das Eberhard-Ludwigsgymnasium in Stuttgart, wo ich im Frühjahr 1931 die Reifeprüfung ablegte. Dann widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Tübingen, München und Berlin. Im Sommer 1935 bestand ich in Stuttgart die erste juristische Staatsprüfung. Seit 1. August 1935 bin ich im Vorbereitungsdienst als Gerichtsreferendar tätig, zur Zeit beim Großen Amtsgericht Stuttgart.